

LA

PRESCRIPTION LIBÉRATOIRE

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Thèse pour le Doctorat

*L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu le 27 mai 1911
à 3 heures de l'après-midi*

PAR

JEAN MICHEL

Avocat à la Cour d'appel

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris et du Concours général

Ancien secrétaire de la conférence des Avocats.

Président : M. WEISS, professeur.

*Suffragants : { M. PILLET, professeur.
 { M. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, professeur.*



PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^e et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t), PARIS

1911

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA
PRESCRIPTION LIBÉRATOIRE
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Thèse pour le Doctorat

*L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu le 27 mai 1911
à 3 heures de l'après-midi*

PAR

JEAN MICHEL

Avocat à la Cour d'appel

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris et du Concours général
Ancien secrétaire de la conférence des Avocats.

Président : M. WEISS, professeur.

Suffragants : } *M. PILLET, professeur.*
 } *M. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

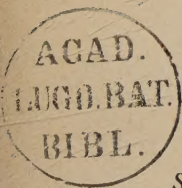
Ancienne Librairie Chevalier-Maresq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t), PARIS

—
1911



BIBLIOGRAPHIE

I

RECUEILS DE JURISPRUDENCE ET REVUES LES PLUS FRÉQUEMMENT CITÉS

A. — FRANCE.

Dalloz : *Jurisprudence générale* (= D).

Sirey : *Recueil général des lois et des arrêts* (= S).

Revue de droit international et de législation comparée (= *Revue dr. int.*).

Revue de droit international privé et de droit pénal international (= *Rev. Darras*).

Journal de droit international privé (= *Clunet*).

Revue internationale de droit maritime (= *Revue dr. mar.*).

Revue critique de législation et de jurisprudence (= *Revue critique*).

Revue pratique de droit international privé.

B. — ALLEMAGNE.

Zeitschrift für internationale privat und Strafrecht (= *Zeitsch.*).

Seuffert's Archiv (= *Seuf.*).

Entscheidungen des Reichsgerichts in civilsachen (= *Entsch.*).

C. — ANGLETERRE. — ÉTATS-UNIS.

Beale : *A selection of cases on conflict of laws*, 3 vol., Cambridge, 1900-1902 (= *Beale*).

Lorenzen : *Cases on the conflict of laws American case books series*, Saint-Paul, 1909 (= *Lorenzen*).

American Digest.

II

TRAITÉS GÉNÉRAUX EXCLUSIVEMENT CONSACRÉS A L'ÉTUDE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Ouvrages généraux sur la théorie des conflits de lois ayant traité la question de la prescription libératoire et les différents problèmes dont l'étude a dû être abordée dans cet exposé.

I. — FRANCE.

Audinet : *Précis élémentaire de droit international privé*, Paris, 1906.

A. Bard : *Précis de droit international*, Paris, 1883.

- Bertauld : *Conflit des lois françaises et des lois étrangères*, Paris, 1867, 1869.
 Calvo : *le Droit international théorique et pratique*, 4^e éd., Paris et Berlin, 1887-1888. — *Dictionnaire de droit international public et privé*, 2^e éd., Paris, 1891.
 Fr. Despagnet et Ch. de Boeck : *Précis de droit international privé*, 5^e éd., Paris, 1909.
 Louis Durand : *Essai de droit international privé*, Paris, 1884.
 Fœlix et Demangeat : *Traité de droit international privé*, 4^e éd., 1866.
 Massé, *le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 1874.
 A. Pillet : *Principes de droit international privé*, Paris, 1903.
 Surville et Arthuys : *Cours élémentaire de droit international privé*, 5^e éd., 1910.
 de Vareilles-Sommières : *la Synthèse du droit international privé*, 2 vol., 1897.
 Vincent et Penaud : *Dictionnaire de droit international privé*, 1887.
 A. Weiss : *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 5 vol., Paris, 1892-1905, 2^e éd., 1907, I et II parus ; *Manuel de droit international privé*, 6^e éd., 1909.

II. — ALLEMAGNE.

- Bar (L. v.) : *Das internationale Privat und Strafrecht*, 1822.
Theorie und Praxis des Internationalen Privat und Strafrechts, 1889.
 Article *Internationales Privatrecht* dans l'encyclopédie de Holtzendorff et de Kohler, Leipzig et Berlin, 1904.
 Barazetti (C.) : *das internationale Privatrecht im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, Hanovre, 1897. — *Internationales Privatrecht im form eines Gesetzentwurf*, Berlin, 1896.
 Bluntschli : *le Droit international codifié (Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt)*, 3^e éd., Nordlingen, 1878).
 Böhm : *die Räumliche Herrschaft der Rechtsnormen*, Erlangen, 1890.
 Edelmann (H.) : *die Grundsätzliche Standpunkt des deutschen bürgerl. Gesetzbuchs im int. Privatrecht*, Zeitschr. 1898, p. 295 s.
 Habicht : *Internationales Privatrecht nach dem Einführungs Gesetz zum B. G. B.*
 Haindlen : *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungs Gesetz*, Stuttgart, 1897.
 Jettel : *Handbuch des int. Privat und Strafrecht mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen Oesterreichs, Ungarns, Croatiens und Bosniens*, Vienne et Leipzig, 1892.
 Mittermaier : *Über die Collision der Prozessgesetze (Archiv für die civilistische Praxis, XIII, 1830).*
 Neumann : *Prinzipielle Gesichtspunkte für das Verständnis der privatinternationalen Vorschriften des Einführungs Gesetzes zum B. G. B. (Gruchots Beiträgen, vol. XLVI).*
 Niemeyer (Th.) : *Vorschläge und materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts*, Leipzig, 1895.

Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin, 1901.

Vesque von Püttlingen : *Handbuch des in Oesterreich Ungarn geltenden internationalen Privatrechts*, 2^e éd., Vienne, 1878.

Zitelmann : *Internationales Privatrecht*, 1897.

Remarque. — Tous les commentateurs du B. G. B. ont donné en tête de leurs ouvrages un exposé des principes du droit international privé, en s'attachant principalement à l'exégèse des articles de la loi d'introduction qui touchent au conflit des lois. Mais les conflits relatifs aux obligations n'ayant pas fait l'objet de dispositions légales, les commentaires sont souvent très brefs, même dans les traités de droit civil fondés sur la méthode synthétique d'exposition. Cette remarque s'applique aux auteurs qui ont étudié le droit commun avant la codification. Citons, parmi les commentaires du droit commun et du B. G. B. :

Beseler : *System des gem. deut. Privatrechts*, 3^e éd., 1873.

Bohlau : *Mecklenburgisches Landrecht*, Weimar, 1871.

Bornemann : *Erläuterungen aus dem preussischen Recht*.

Brinkmann : *Lehrbuch des Handelsrecht*.

Brinz : *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1884.

Cosack : *Lehrbuch des deut. bürgerl. Rechts*, 4^e éd., Iéna, 1903.

Crome : *System des deut. bürgerl. Rechts*, Tübingen et Leipzig, 1900.

Eichhorn (C. F.) : *Einleitung in das deutsche Privatrecht*.

Gerber : *System des deutschen Privatrechts*, 5^e éd., 1852.

Holzschuher (v.) : *Theorie und Casuistik des gemeinen civilrechts*, Leipzig, 2^e éd., 1856.

Glück (C. F.) : *Handbuch zum systematischen Studium des neuesten römischen Privatrechts*, 1812.

Kori : *Erörterung praktischer Rechtsfragen*, 2^e éd., Dresde, 1829.

Matthiass : *Lehrbuch des Bürgerl. Recht*, 4^e éd., 1900.

Mühlenbruch : *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Halle, 1844.

Neumann : *Handausgabe des bürgerl. Gesetzbuch*, 3^e éd., Berlin, 1903.

Oppenheim : *System des Völkerrechts*, Francfort, 1845.

Reinhardt (v.) : *Ergänzungen zu Glück's Pandekten*, Stuttgart, 1833.

Renaud : *Lehrbuch des gemeinen deut. Privatrechts*, 1848.

Seuffert : *Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung*, Erlangen, 1836.

Staudinger : *Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch und Einführungsgesetz*, Munich, 1909.

Swepe : *Römisches Privatrecht*.

Thibaut : *Braunserörterungen, et Frohenserörterungen*.

Unger (J.) : *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 2^e éd., 1876.

Walter : *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Bonn, 2^e éd., 1857.

Weber (A. D.) : *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit*, Leipzig, 1825.

Wening Ingenheim : *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, Munich, 1822.

III. — HOLLANDE ET BELGIQUE.

- Asser et Rivier : *Éléments de droit international privé*, Paris, 1884.
 A. Rolin : *Principes de droit international privé*, 3 vol., 1897.
 Laurent : *Droit civil international*, 8 vol., 1880-81.

IV. — SUISSE.

- Ch. Brocher : *Nouveau traité de droit international privé*, Paris, 1876;
Cours de droit international privé, selon les principes consacrés par le droit positif français, Paris et Genève, 3 vol., 1882-1885.
 Fr. Meili : *Das internationale Civil und Handelsrecht*, Zurich, 2 vol., 1902.
 Fr. Meili : *die Kodification des intern. Civil und Handelsrecht*, Leipzig, 1891.
 Roguin : *Conflit des lois suisses en matière internationale et inter-cantonale*.

V. — ITALIE.

- Catellani : *Il Diritto int. privato ed i suoi recenti progressi*, 3 vol., 1902.
 Contuzzi : *Diritto internazionale privato*, Milan, 1889.
 Diena : I. *Principii di diritto internazionale privato*, Naples, 1908.
 II. *Trattato di diritto commerciale internazionale*, 3 vol., Florence, 1900-1905.
 Fiore (P.) : *Diritto internazionale privato*, traduction Antoine, 4^e éd., Paris, 1907.
 Trillo (A.) : *Compendio di diritto privato internazionale, fatto secondo il metodo di P. Fiore*, Naples, 1891.

VI. — ANGLETERRE ET ÉTATS-UNIS.

Burgue : *Commentaries on colonial and foreign laws generally, and in their conflict with each other and with the law of England*, Londres, 1838.

Dicey :

I. *The law of domicil as a branch of the law of England, stated in the form of rules*, Londres, 1879, traduit en français par Émile Stocquart, sous ce titre : *le Statut personnel anglais ou la loi du domicile envisagée comme branche du droit anglais*, Paris, Londres et Bruxelles, 1887.

II. *A Digest of the law of England with reference to the conflict of laws, with notes of american cases, by John Bassett Moore*, Londres, 1896. Une 2^e édition de cet ouvrage a paru depuis.

Field (Dudley) : *Draft outlines of an international Code*, New-York, 1872, traduit en français par M. A. Rolin, sous le titre : *Projet d'un code international, proposé aux diplomates, aux hommes d'État et aux jurisconsultes, contenant en outre l'exposé du droit international actuel sur les matières les plus importantes*, Paris et Gand, 1881-82.

Foote (A.) : *A concise treatise of private international jurisprudence based on the decision of the english courts*, 2^e éd., Londres, 1890.

Holland (T. E.) :

I. *The Elements of Jurisprudence*, 9^e éd., Oxford, 1900.

II. *Studies in international Law*, Oxford, 1898.

III. *Internationales Recht und Englische gesetze*, Zeitschrift, 1894, p. 47.

Knott (E.) : *Ready reference manual of the statute laws of the states and territories in the United States and the provinces of Canada, with national and international Laws*, Burlington, 1899.

Lawrence (W.-B.) : *Commentaire sur les éléments du droit international de Wheaton*, Leipzig, 1868-1880.

Lorimer : *English and foreign jurists and international jurisprudence*, Edimbourg, 1875-1876.

Nelson (H.) : *Private international law as administered in England, selected cases statutes and orders*, Londres, 1889.

Philimore (R.) : *Commentaries upon international law, Private international law or comity*, t. IV, Londres, 1861.

Rattigan (W.-H.) : *Private international law*, Londres, 1895.

Story : *Commentaries on the conflict of laws foreign and domestic in regard to contracts, rights and remedies, and especially in regard to mariages, divorces, wills, successions, and judgments*, Boston, 1834, 8^e éd., 1883.

Westlake (J.) : *A Treatise on private international law with practical reference to its practice in England, and the cognate systems of jurisprudence*, Londres, 1858, 2^e éd., 1880, traduit en allemand, sous le titre : *Lehrbuch des internationalen Privatrechts*, Berlin, 1884.

Wharton :

I. *Treatise on the conflict of Law or private international Law*, Philadelphie, 1872, 2^e éd., 1881.

II. *Commentaries on law, embracing chapters of the nature, the source and the History of law, on international Law public and private and on constitutional and statutory law*, Londres, 1836-1878.

Wheaton : *Elements of international Law*, Londres, 1836-1878.

III

MONOGRAPHIES RELATIVES A LA PRESCRIPTION

Aascher : *De Verjaring in het international Privatrecht*, Amsterdam, 1881.

Ballot : *En matière de prescription, quelle est la loi qui régit les obligations contractées en France par un étranger au profit d'un autre étranger*, *Revue pratique*, t. VIII, p. 333.

Cavaretta (G.) : *La Prescrizione nel diritto internazionale privato*, Palerme, 1908.

Chausse : *De la Prescription libératoire des créances*, *Revue critique*, 1893, p. 481 ss.

Flandin : *De la Prescription libératoire en droit international privé*, Clunet, 1881, p. 230 ss.

Lehr (E.) : *De la Prescription extinctive en droit international privé*, *Rev. dr. intern.*, 1881, p. 516 ss.

Martin (A.) : *La Prescription libératoire en droit international privé*, *Rev. de dr. international*, XIX, 262.

Mercier (A.) : *La Prescription libératoire en droit international privé*, Lausanne, 1897.

Merignhac (A.) : *Comment doit être déterminé le délai de la prescription extinctive en matière de droit int. privé*, *Revue critique*, 1884, p. 113 ss.

Mesnil (H.) : *De la Prescription extinctive des obligations en matière de droit international privé*, *Gazette du Palais*, 29 juillet 1899.

Müller (W.) : *Die Klagverjährung im internationalen Privatrecht*, Konitz, 1898.

Renault (L.) : *Revue critique*, 1882, p. 723, 1884, 729.

Treutler (A.) : *Die Klagverjährung im internationalen Privatrecht nach dem B. G. B. des deutschen Reichs*, 1908, Breslau.

Surville (F.) : *Obligation, prescription libératoire*, *Rev. critique*, 1899, p. 224.

IV

HISTOIRE

En matière d'histoire de la théorie des statuts, le tome I du *Traité de droit international* de Laurent n'a plus qu'un intérêt documentaire. L'ouvrage fondamental est aujourd'hui celui de M. Lainé : *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, Paris, 1888-1892. M. le professeur Weiss a consacré à la même étude les premières pages du tome III de son *Traité* ; on y trouve sous une forme résumée les plus utiles indications. On peut encore mentionner les pages consacrées par M. Fr. Meili à la théorie des statuts dans son ouvrage : *Das internationale civil und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, et Catellani, *Il Diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, 2^e éd., 1895, t. I. *Storia del diritto internazionale privato*. L'ouvrage de M. Lainé est divisé en deux parties. Dans la première l'auteur a étudié le développement historique de la théorie des statuts par périodes ; dans la seconde il a repris son exposé, en examinant isolément chacun des problèmes abordés par les statutaires. Malheureusement, cette deuxième partie est restée inachevée. Les questions relatives aux obligations et à la prescription n'y sont pas traitées. D'autre part, si M. Lainé a cru devoir les analyser avec quelques détails dans la première partie de l'*Introduction*, en retraçant l'histoire

de la doctrine italienne, il n'y fait que de très rapides allusions dans les chapitres consacrés aux doctrines française et hollandaise. Aussi ai-je dû me reporter aux sources en suivant l'ordre adopté par M. Lainé, et rechercher dans les œuvres de chacun des auteurs cités les passages relatifs à la théorie du conflit en matière d'obligations.

Pour la jurisprudence, j'ai consulté les recueils cités par Gavet, *Sources de l'Histoire des institutions et du droit français*, Paris, 1899, p. 203 ss. Ces recherches n'ont pas donné de résultats importants ; les tables manquent ou sont mal faites ; aussi faut-il un peu compter sur le hasard pour découvrir des documents intéressants. D'ailleurs les auteurs du XVIII^e siècle, Boullenois et Frolond, notamment, qui ont écrit leurs ouvrages en utilisant les matériaux jurisprudentiels, citent de nombreuses décisions judiciaires.

Abraham a Wesel : *Opera*, Gand, 1730.

I. *Commentarius ad novellas Ultrajectinas aprilis MDCLIX promulgatas*.

II. *Tractatus de connubiali bonorum societate*.

Alberic de Rosate (Albericus de Rosate ou di Rosciate Bergomensis) :

I. *Commentarius in codicem*.

II. *Tractatus de statutis* (ce dernier dans le *Tractatus tractatum universi juris*). Textes publiés par Fr. Meili. *Über das historische Debüt der Doktrin des intern. Privat und Strafrechts*, Zeitschr., 1899, p. 42 ss.

Alderanus Mascardus : *Conclusiones ad generalem statutorum interpretationem*, Francfort, 1609.

Alexandre (Alexander de Tartagnis) : *Alexandri Tartagni Imolensis Consilia*, Francfort, 1575.

Alef (D.-Franc.) : *Dies academici*, Heidelberg. 1753. Diss. IV, de *diversorum statutorum concursu eorumque conflictu*.

Arelinus (Angelus) : *Consilia*.

Balde (Baldus de Ubaldis) : *Baldi de Ubaldis commentaria in primum, secundum et tertium Codicis librum*, Venise, 1595. Cf. Fr. Meili, *die Abhandlungen von Baldus*, Zeitsch., 1894, pp. 455-474.

Basnage : *Commentaire de la coutume de Normandie*, 2^e éd., Rouen, 1694.

Bretonnier (Barthélemy-Joseph) : *Observations sur les Œuvres d'Henrys*, Paris, 1708.

Bartole (Bartolus a Sassoferato) : *Bartoli in primam Codicis partem commentaria*.

Texte publié par Fr. Meili : *Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus*, Zeitsch., 1894, pp. 258, 340, 446 ss.

Pierre de Belleperche (Petrus a Bella Pertica) : *Repetitiones in aliquot divi Justiniani imperatoris leges* (plusieurs éditions).

Bertrand d'Argentré (Bertrandus Argentraeus) : *Bertrandi Argentraei, Redonensis provinciae praesidis, commentarii in patrias Britonum leges, seu consuetudines generales antiquissimi ducatus Britanniae. Des donations*,

art. CCVIII, Glose 6, *Dissertatio de statutis personalibus et realibus*, Paris, 1608.

Cf. Fr. Meili : *Argentraeus und Molinaeus und ihre Bedeutung im intern. Privat u. Strafrecht*, Zeits., 1895, pp. 371 ss., 452 ss.

Boeschen : *De vi legum in subditos temporarios*, Leipzig, 1772.

Jean Bouhier : *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, t. I des *Œuvres de jurisprudence*, Dijon, 1787.

Boullenois (Louis) :

I. *Questions sur les démissions de biens*, Paris, 1727.

II. *Dissertations sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, Paris, 1732.

III. *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes, ou statuts par forme d'observations*, 1766.

Job Bouvot :

I. *Commentaire de la coutume de Bourgogne*, Dijon, 1636.

II. *Recueil d'arrêts et de notables questions de droit*, Genève et Cologne, 1623.

Brodeau : *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, annotés par Louet, 1614 (une douzaine d'éditions), Paris.

Burgundus (Nicolas) : *Nic. Burgundi ad consuetudines Flandriae aliarumque gentium tractatus controversiarum*, Anvers, 1666.

Casaregis : *Discursus legales*.

Castre (Paul de) (Paulus de Castro) :

I. *Pauli Castrensis in primam Codicis partem commentaria*, dans les *Opera omnia*, Lyon, 1583.

II. *Consilia (Pars prima)* : Cons. 119, n° 4, Cons. 311, n° 2. — *Pars secunda* : Cons. 32, n°s 1 et 2. — Cons. 349, n° 1, Cons. 424, n° 1. — *Pars tertia* : Cons. 13, n° 24.

Carpzow : *De quæstione quatenus forenses obligentur statutis alienæ civitatis*.

Challine (Paul) : *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666.

Charondas le Caron (Louis) : *Œuvres*, Paris, 1637.

I. *Responses ou décisions du Droit français*, t. I.

II. *Mémorables observations du Droit français*, t. I, in fine.

Chasseneuz (Bartholomæus a Chassanæo) : *Consuetudines ducatus Burgundiæ*, Genève, 1647.

René Choppin : *Œuvres*, Ed., Paris, 1663.

I. *Commentaires sur la coutume d'Anjou*, t. I.

II. *Commentaires sur les coutumes de la prévosté et vicomté de Paris*, t. III.

III. *Traité des privilèges des personnes vivans aux champs, ou privilèges des Rustiques*, t. I, in fine.

Rodenburgh (Christian) : *Dissertatio de jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum discrepantium conflictu*, en tête de *Christiani Rodenburghii de jure conjugum*, Bruxelles, 1676, imprimé dans le *Traité de la personnalité et de la réalité...* de Boullenois, avec une traduction française de cet auteur.

Cinus : *Lectura in codicem*, Francfort, 1578.

Cocceji (Henricus de) : *Disputatio* 54 : *De fundata in territorio et plurium locorum concurrente potestate*, dans les *Exercitationes curiosæ* (Lemgovia, 1722).

Cocceji (Samuel) : Résumé de la disp. 54 de H. de Cocceji dans *Jus civile controversum*, liv. II, tit. I, de *jurisdictione quaestio*, XXIII, Francfort, Leipzig, 1740.

Coquille (Guy) :

I. *Les coutumes du pays et comté de Nivernais* (Œuvres, Bordeaux, 1703, II).

II. *Institution au droit des Français*, Œuvres, 1703, II, 2 vol. in-f°.

Corneus della Rogna (Pet. Philippus) :

I. *Lectura super codicem*.

II. *Consilia*.

Curtius (Rochus) : *De Statutis* dans le *Tractatus tractatum universi juris*, II, p. 376 ss. (Venise, 1584).

Dumoulin (Carolus Molinæus), *Opera* : éd. de 1681, t. III, p. 557 ss.

I. *Commentaire L. cunctos populos*.

II. *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus, de delictis, de praescriptionibus*. Cf. Meili (Fr.). *Argentæus und Molinæus und ihre bedeutung im inter. Priv. u. Strafrecht. Zeits.*, 1895, 544 ss.

Decius (Philippus) : *Commentaire sur le Code*.

Durant (Guillaume) (Gulielmus Durantis) : *Speculum juris*.

Texte publié par Fr. Meili. *Über das Historische Debüt der Doktrin des intern. Privat u. Strafrecht. Zeits.*, 1899, 24-41.

Everard (Nicolas) :

I. *Topica de locis legalibus* (Francfort, 1620).

II. *Consilia* (Anvers, 1643).

Fabre (Jean) (Johannes Faber) : *Breviarium in Codicem*, Lyon, 1520.

Fabre (Le Président) : *Codex Fabrianus*, éd. 1829.

Louis Froland : *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts ; diverses questions mixtes de droit et de coutumes ; et la plupart des arrêts qui les ont décidées*, Paris, 2 v., 1729.

Fulgosius : *Commentaires sur le Code*.

Gaill (André) : *Practicarum observationum... libri duo*, Amsterdam, 1663.

Haas : *De effectu exceptionis rei judicatae in territorio alieno*, Göttingen, 1791.

Henrys (Claude) : *Recueil d'arrêts*, Paris, 1708.

Hertius (Jean Nicolas) : *Dissertatio de collisione Legum*, dans t. I des *Commentationes atque opuscula de selectis et rarioribus argumentis ex jurisprudentia universali, publica feudali et romana*, Francfort, 1700.

Ulric (Huber) : *Prælectiones juris civilis*, part. II, l. I, titre III, sous rubrique : *De conflictu diversarum legum in diversis imperiis*, Francfort et Leipzig, 1708.

Cf. Meili Fr. : *Ein specimen aus der hollandischen Schule des internationalen Privatrechts*, *Zeitschr.*

Hofacker :

I. *Principia juris civilis romano germanici*, 1800.

II. *De efficacia statutorum in res extra territorium sitas opuscula*, Stuttgart, 1804.

Hommeau (Pierre de l') : *Maximes générales du Droit français*, Rouen, 1614.

Hommel : *Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium*, Bayreuth, 1782.

Jason de Mayne : *Commentaire sur le Code*, Turin, 1584.

Lauterbachii (Wolfgang Adami) : *Dissertationes academicæ*, Tübingen, 1728.

Laurière (Eusèbe de) : édition des *Institutes coutumières de Loisel*, 1710, Paris, 1710, 2 vol. in-12.

Lebrun (Denis) :

I. *Traité de la communauté entre mari et femme, avec un traité sur les communautés tacites*, Paris, 1754.

II. *Traité des successions*, I, Paris, 1743.

Louet (Georges) : *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris, pris des mémoires de M. G. Louet* (éd. de Paris, 1742).

Masuer : *Practica forensis ou Practica senescalliæ Alvernæ*, Lyon, 1577, avec notes de Ant. Fontanon, 1581.

Meier (J.-G.) : *De Statutorum conflictu eorumque in externos valore*, Giessæ, 1715.

Merices (D.) : *Commentarii in jus Lubecence libri quinque*, Francfort, 1744.

Merlin :

I. *Répertoire de jurisprudence*, Paris, 1812-1826.

II. *Questions de droit*, 1810.

Mynsinger (Joachim) : *Singularium Observationum imperialis cameræ centuriæ*, VI, Cologne, 1697.

Pape (Gui) : *Guidonis Papæ decisiones Gratianopolitani parlamenti*, Genève, 1667.

Papon (J.) : *Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France*, Genève, 1637.

Peckius (Pierre) : *De testamentis conjugum, Opera*, Anvers, 1666.

Pothier : *de la Prescription*, IX, des *Œuvres*, éd. Bugnet.

Prévôt de la Jannès : *Les Principes de la jurisprudence française*, Paris, 1753.

Renusson (Philippe de) :

I. *Traité de la Communauté*.

II. *Traité du Douaire*.

III. *Traité du Droit de garde noble et bourgeoisie*, Paris, 1780.

Jacques de Revigny (Jacobus de Ravanis) : V. les textes du traité de *Statutis*, publié par P. de Tourtoulon, Paris, 1899.

Ricard (Jean-Marie) :

I. *Traité des Donations entre vifs et testamentaires*.

II. *Traité du Don mutuel*, t. II des *Œuvres*, Paris, 1754.

Riccus : *Zuverlässiger Entwurf von Stadtrechten oder Statutis*, Leipzig, 1740.

Joannes a Sande : *Opera juridica Joannis et Frederici a Sande, Decisiones aureæ sive rerum Frisiorum curia judicatarum*, Bruxelles, 1721.

Salicet (Bartholomæus a Saliceto) : *Bartholomæi a Saliceto, Pars prima in primum et secundum Codicis libros*. Zeitsch., 1891.

Seeger : *De vi legum et decretorum in territorio alieno*, 1777.

Simon (Denis) : *Bibliothèque historique des principaux auteurs du droit civil*, Paris, 1692.

Socinus :

I. *Commentaires sur le Code*.

II. *Consilia*.

Stockmans (Pierre) : *Decisionum curiæ Brabantiae Sesqui-Centuria*, Bruxelles, 1670.

Stryk : *Dissertatio de jure principis extra territorium*, 1676.

Thaumas de la Thaumassière : *Nouveaux commentaires sur la coutume de Berry*, Bourges, 1701.

Tiraqueau (Andreas Tiraquellus) : *De nobilitate et jure primigeniorum*, Lyon, 1557.

Voët (Paul) :

I. *De statutis eorumque concursu*, Bruxelles, 1715.

II. *Mobilium et immobilium natura*.

Voët (Jean) : *Dissertatio de Statutis*, titre IV, livre I, du *Commentarius ad Pandectas*, la Haye, 1716.

Ziegler (Caspar) : *De judicum officio et delictis tractatus moralis*. Concl. XV, Vittebergae, 1672.

Monographies relatives aux méthodes juridiques en général et à la méthode du droit international en particulier.

Demogue : *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911.

Esmein : *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit ?* Bulletin de la Société d'études législatives.

Geny (Fr.) : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899.

Mallieux : *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*.

Meynial : *La logique dans la formation du droit*, Revue de métaphysique, 1908, p. 186.

Mornet (M.) : *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, Paris, 1904.

Sauzet : *Procédés d'élaboration du droit*, Lyon, 1904.

Valette : *Le rôle de la coutume*, Lyon, 1908.

Van der Eycken : *Méthode positive d'interprétation*.

Affolter : *Das intertemporale und internationale Recht der zeitlichen und örtlichen Collisionsnormen der Bürgerlichen Rechtz*, Zeitsch. für das Pr. und öffent. Recht d. Gegenwart, t. XXX, 1.

Bartin (E.): *De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois*, Clunet, 1897, p. 225 ss., 466 ss., 720 ss.

Barazetti (C.): *Die technischen Ausdrücke für die verschiedenen Kollisionsarten räumlicher Gesetznormen und für die damit verwandten Begriffe wie sie in der Theorie des internationalen Privatrechts vorkommen.*

Böhm: *Die Räumliche Herrschaft der rechtsnormen.* Erlangen, 1890.

Catellani (E.): *Del conflitto fra norme di diritto internazionale privato*, Venise, 1897.

Despagnet (Fr.): *De l'avenir du droit international privé*, Darras, 1906, p. 5 ss., 1907, p. 481 ss.

Diena (G.): *Sui limiti all'applicabilità del diritto straniero* Turin, 1898.

Ehrlich (E.): *Les tendances actuelles du droit international privé*, Darras, 1908, p. 902 ss.

Fedozzi (P.): *La frode alla legge nei rapporti di diritto internazionale privato*, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1900, t. XXIX, p. 354.

Jitta (J.): *La méthode du droit international privé*, la Haye et Paris, 1890.

Kahn: *Gesetzes Kollision*, in *Iherings Jahrbücher*, vol. XXX, Iéna, 1911.

Kuhlenbech: *Die Räumliche Geltungsgebiet der Rechtsnorm. Sogen. Statutenkollision und internationales Privatrecht*, in der *juristischen Wochenschrift*, 24^e année, 1895.

Lainé (L.): *Considérations sur le droit international privé*, *Revue critique*, 1899, p. 613 ss.; 1900, 20 ss., 83 ss., 216 ss., 350 ss.

Marcusen (W.): *Innerstaatliches und überstaatliches internationales Privatrecht; zur Orientirung über die neuesten Theorien*, *Zeitschr.*, 1900, 257 ss.

De Lespinasse: *Du conflit des lois étrangères avec les lois françaises en ce qui touche le droit privé*, *Rev. judiciaire du Midi*, t. V, p. 25.

Martin: *Zur Lehre von der sogen. Kollision der Privatrechtsgesetze*, im *Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, nouvelle série, vol. V, p. 186.

Niedner (A.): *Kollision der örtlichen und zeitlichen Kollisionsnormen* *Zeitschr.*, 1901, 373 ss.

Niemeyer (Th.): *Zur Methodik des internationalen Privatrechts*, Leipzig, 1894.

Schmid: *Die herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen*, Iéna, 1862.

Über die Zuständigkeit zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen, *Zeitschr.*, 1895, 337.

De Vareilles-Sommières: *Un conflit sur les conflits*, *Revue critique*, 1902, pp. 184-383.

Weiss (A.): *Le Code civil et le conflit des lois. Livre du Centenaire du Code civil*, I, p. 249 ss.

Monographies relatives au conflit en matière d'obligations et à la théorie de l'autonomie de la volonté.

Aubry (J.): *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, Clunet, 1896, p. 465 ss., 721 ss.

Ludwig Beer : *Neue Entwicklungsstufen des int. Privatrechts*, § I, *Zum internationalen Obligationen Recht*, Zeitschr., 1908, p. 334 ss.

Bossion : *Du conflit de lois en ce qui concerne la substance des obligations conventionnelles*, Paris, 1884.

Dreyfus (G.) : *L'acte juridique en droit international*, Paris, 1904.

Fiore (P.) : *De la loi qui, d'après les principes du Droit international, doit régir les engagements qui se forment sans convention*, Clunet, 1900, p. 449 ss., p. 717 ss.

Harburger et de Bar : *Des conflits de loi en matière d'obligations, Propositions soumises à l'Institut de droit international*, Annuaire, t. XVIII, p. 50.

Lecasble (A.) : *Des questions de droit international privé en matière d'obligations*, Paris 1881.

Jitta : *La substance des obligations en droit international privé*, la Haye, 1906-1907.

Neumann (L.) : *Gutachten über die Frage : Nach welchem örtlichen Rechte sind auf Grund internationalen Privatrechts die Vertragsobligationen zu beurteilen*, — *In den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages*, vol I, Berlin, 1897.

Niemeyer : *Nach welchem örtlichen Recht sind auf Grund internationalen Privatrechts die Vertragsobligationen zu beurteilen*, *In der Deutschen Juristenzeitung*, 3^e année, Berlin, 1898.

Nordheimer : *Nach welchem örtlichen Recht sind auf Grund des deutschen internationalen Privatrecht die Vertragsobligationen zu beurteilen*, Diss. Erlangen, 1899.

Reuterskiöld (G.-A. de) : *De la loi qui doit régir les obligations en droit international privé*, Clunet, 1899, p. 462 ss., p. 654 ss.

Ramel (C.) : *De la Formation des obligations en droit international privé*, Paris, 1878.

Seeler (V.) : *Nach welchem örtlichen Recht sind auf Grund internationalen Privatrechts die Vertragsobligationen zu beurteilen*, *in den Verhandlungen des 24 Deutschen Juristentages*, vol. II, 1892.

Stefanescu (L.-N.) : *De l'interprétation de la volonté des parties dans les contrats en droit international privé*, Paris, 1905.

Testa : *De in houd der overeenkomsten in het internationaal privaatrecht*, Amsterdam, 1866.

Weiss (A.) : *De la loi applicable à la stipulation d'intérêts lorsqu'un Français emprunte à l'étranger*, *Pandectes françaises*, 96, 5, 1.

Monographies relatives à la prescription.

Aubry et Rau : *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. VIII.

Baudry-Lacantinerie et Tissier : *Traité théorique et pratique de droit civil ; de la Prescription*, 3^e éd.

Boileux : *Commentaires sur le Code civil*.

Buffnoir : *Propriété et contrat*.

Daresté, *De la Prescription en Droit civil, Mémoires de l'Académie des sciences morales*, tome 19, pp. 563-586.

Delvincourt : *Cours de Code civil*, 1834, 5^e éd., t. II.

Demante et Colmet de Santerre : *Cours analytique du Code civil*, 1881-1896, t. VIII.

Duranton : *Cours de droit français*, 1844-1845, t. XXI.

Huc : *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1891-1904, t. XIV.

Jourdan, *La Prescription en droit allemand*, Paris, 1903, ET LES RÉFÉRENCES DONNÉES PAR CET AUTEUR.

Laurent : *Principes de droit civil français*, Paris et Bruxelles, 1869-1878, t. XXXII.

Marcadé et Pont (Paul) : *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 7^e éd., t. XIII.

Massé et Vergé : sur Zachariæ, *le Droit civil français*, 1854-1860, t. V.

Planiol : *Traité élémentaire du droit civil*, t. II.

Taulier : *Théorie raisonnée du Code civil*, 1840-1846, t. VII.

Thiry : *Cours de Droit civil*, 1892-1893, t. IV.

Troplong : *De la Prescription*, 1854, 2 vol.

Guillouard : *Traité de la Prescription*, 1900-1901.

Leroux de Bretagne : *Traité de la Prescription en matière civile*, 1869, 2 vol.

Monographies relatives à la théorie de l'ordre public.

Aubry (J.) : *De la notion de territorialité en droit international privé*, Clunet, 1900, 689 ss., 1901, 463 ss., 1902, 209 ss.

Bartin (E.) : *Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi et l'idée de communauté internationale*, *Revue de Droit international*, 1897, p. 385 ss., 613 ss.

Boissarie : *De la notion d'ordre public en droit international privé*, Paris, 1888.

Bustamante (Dr D. Antonio S. de) : *El orden publico*, la Havane, 1893.

Despagnet (Fr.) : *L'ordre public en droit international*, Clunet, 1897, 69 ss., 495 ss.

Fedozzi : *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public en droit international*, Clunet, 1897, 69 ss., 495 ss.

Fiore (P.) : *Rapport sur l'ordre public*, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1910, 205 ss. ; *Discussion*, 458 ss.

Moutier (M.) : *Du conflit des lois étrangères avec les lois d'ordre public françaises*, Paris, 1892.

Kahn (Fr.) : *Die Lehre vom Ordre public*, *Iherings Jahrbücher*, 1898, 4 ss.

Klein (P.) : *Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht. Die Lehre vom Ordre public*, *Archiv. für bürgerl. Recht*, 1897.

De Vareilles-Sommières : *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, Paris, 1899.

INTRODUCTION

Le problème de la détermination de la loi applicable à la prescription libératoire est une des difficultés classiques de l'étude des conflits de lois. Les commentateurs de la glose *Quod si Bononiensis* l'aperçurent, dès le ^{xiii}^e siècle, dans les écoles d'Italie ; et de nos jours, après d'innombrables études, la solution en reste incertaine. Quelques jurisconsultes prétendent avoir résolu le conflit ; d'autres le déclarent insoluble ; seule une critique d'ensemble des opinions divergentes peut permettre de connaître si certaines d'entre elles sont conformes à la nature de l'institution envisagée, aux conditions dans lesquelles se forment les relations juridiques internationales. Peut-être le problème n'est-il pas susceptible d'une solution précise : en ce cas, il conviendrait de rechercher pour quelles causes.

L'intérêt pratique qui s'attache à cette difficulté est considérable ; le nombre des espèces où la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer en fait foi. La rapidité des communications, l'élargissement des marchés qui en est résulté, ont développé, dans des proportions inconnues jusqu'à nos jours, les rapports internationaux ; or, toutes les fois que des relations économiques s'établissent, elles prennent une forme juridique, elles se réalisent par une convention ; et la question de la prescription se pose, soit que les parties, lors du contrat, désirent être fixées sur les conditions de temps imposées à leurs obligations réciproques, soit qu'à la suite de contestations il devienne indispensable de rechercher si l'action formée par le créancier a été intentée dans des conditions telles qu'elle soit recevable et fondée. Il est donc nécessaire de déterminer la loi qui fixe la durée du délai pendant lequel l'action née du contrat est susceptible d'avoir efficacité juridique, et les causes de suspension ou d'interruption de la prescription.

Sur cette question, qui semble capitale, puisqu'elle met en jeu le droit même des parties, on souhaiterait trouver, à défaut de dispositions précises de droit international conventionnel, une conviction juridique commune, capable de concilier le but de la prescription et les intérêts de ces parties. Or, nous ne voyons généralement en doctrine, en jurisprudence, qu'hésitations ou incertitudes. Au XVIII^e siècle, Boullenois prétendait que, dès qu'il s'agit du conflit des statuts, « l'esprit du jurisconsulte est véritablement agité ; qu'également combattu, également pressé de part et d'autre, il reste comme en suspens entre différentes lois, dans la crainte d'en violer quelques-unes ». Les internationalistes du siècle dernier ont subi, eux aussi, la torture du doute, en cherchant à résoudre, sur la base des solutions proposées par les statutaires, le conflit de lois relatif à la prescription libératoire¹. Un exemple complexe, comme il s'en rencontre en pratique, permettra de juger de la multiplicité des solutions.

Un Français, domicilié en Autriche, s'oblige, de passage à Florence, envers un Espagnol habitant la Suisse. Les contractants se soumettent expressément à la loi allemande ; la créance est payable à Lisbonne, l'action est portée devant les tribunaux anglais. Huit lois sont en présence : les lois nationales du créancier et du débiteur, les lois de leur domicile, la loi du lieu où le contrat a été passé, la législation sous l'empire de laquelle les parties ont contracté, la loi du tribunal saisi, la loi du lieu du paiement. Or, lorsqu'on a voulu résoudre le conflit, toutes ont été déclarées applicables. Certains auteurs ont même proposé d'ingénieuses combinaisons suivant lesquelles l'une de ces lois est généralement compétente, sous réserve des modifications qui peuvent être apportées à son application par la présence dans le conflit d'une autre loi dont la prise en considération, lorsque certaines conditions se trouvent réalisées, est obligatoire pour le juge. On peut ainsi compter douze à quinze solutions du problème. Si la jurisprudence ne les applique pas toutes, toutes se recommandent à

1. En principe, il ne sera question dans cette étude que de la prescription libératoire. Nous verrons, au cours de nos développements, dans quelle mesure les principes que nous aurons dégagés sont applicables à la prescription d'actions autres que celles qui résultent d'un contrat et tendent à l'exécution d'une prestation. (Action en nullité de mariage, action en désaveu de paternité, action en révocation de donation, etc.)

l'attention par quelque endroit. Ajoutons, pour caractériser l'aspect extérieur des controverses, que d'excellents esprits ont plusieurs fois varié d'opinion sur cette question essentielle. Les maîtres les plus éminents, en France et en Allemagne, nous ont montré combien il peut paraître chimérique de lui chercher une solution définitive. L'un d'eux confessa dans un premier ouvrage ses hésitations, se décida, comme par provision, pour le parti qui lui parut le moins mauvais. Dix ans se passèrent ; il parut renoncer à résoudre le conflit. Mais un jour, creusant à nouveau le problème, il exposa à ses élèves un système entièrement original. Ce n'était, sans doute, dans la pensée de son auteur, qu'une élégante hypothèse scientifique ; mais elle offrait aux recherches des perspectives nouvelles, propres à attirer l'attention sur certains côtés obscurs ou mal connus des discussions.

Aussi conçoit-on que la littérature du sujet soit d'une prodigieuse abondance. Elle n'est pas seulement composée d'opinions éparses, que leurs auteurs ont essayé de légitimer sans avoir recours aux constructions voisines : les travaux d'ensemble sont nombreux. Labbé a consacré à notre problème une de ses meilleures dissertations ; il a mis en lumière, par quelques traits précis, toutes les difficultés qui s'y rattachent. Ses conclusions ont été développées en 1897 par M. A. Mercier, professeur à l'Université de Lausanne, dans une monographie qui joint à une documentation très riche, un essai de critique des systèmes proposés et de systématisation approfondie de la doctrine qui résout le conflit par l'application de la *lex fori*. Plusieurs pages substantielles du traité de M. Weiss, un exposé déjà ancien de M. Mérignac, nous ont fourni les plus utiles indications. Mentionnons encore les travaux souvent intéressants de L. v. Bar, Treutler, Müller et Cavaretta.

La jurisprudence qui se rattache à la solution du conflit a gardé, vis-à-vis de la doctrine, un rôle presque exclusivement passif. La distinction entre l'étude d'une jurisprudence « productive » et l'étude d'une jurisprudence « réceptive » n'est pas inutile, car tous les auteurs modernes ne sont pas d'accord sur le parti qu'il convient d'adopter à l'égard des créations jurisprudentielles. Bien que la question ne doive pas souvent se poser dans cette étude, en raison de la position subordonnée qu'ont prise ici les décisions judiciaires, nous croyons devoir caracté-

riser le rôle que nous assignerons aux « faits jurisprudentiels », quels qu'ils soient. Nous le ferons très brièvement ; car on ne saurait rien ajouter aux pages que M. Gény consacra, dans son traité classique, à la critique de quelques hypothèses méthodologiques largement développées depuis plusieurs années.

En certains domaines du droit, les lacunes de la loi, l'absence de principes assurés, la nécessité de conformer le but juridique d'une institution à la « nature des choses » sont des circonstances qui favorisent l'élaboration, en marge des codes, de constructions neuves. Les motifs des décisions judiciaires qui contribuent à ces formations ne sont alors le plus souvent qu'une vaine façade, destinée à abriter d'une apparence logique la hardiesse des innovations. Aussi conçoit-on que l'on puisse s'attacher à comparer les dispositifs des arrêts, pour essayer de dégager la logique des solutions qu'ils recèlent. Assurément, il sera très rare que l'on parvienne à la constatation d'une théorie cohérente en partant de décisions d'espèces rendues souvent à plusieurs années d'intervalle et à l'élaboration desquelles l'influence d'incidents d'audience ou de circonstances exceptionnelles concourt bien plus souvent que l'application d'une méthode d'interprétation rigoureuse. Mais quel que soit le résultat obtenu, l'étude de ces décisions, systématisables ou non, peut être intéressante ; car le juriconsulte ne saurait apercevoir, de son cabinet de travail, les besoins changeants de la vie juridique. S'il peut imaginer des hypothèses, il ne peut les prévoir toutes ; et les décisions, même divergentes, sont susceptibles d'inspirer des solutions : c'est ainsi qu'au besoin une seule espèce pourra retenir l'attention des interprètes.

Supposons qu'il soit possible d'expliquer par une formule unique un ensemble de faits jurisprudentiels, une série d'arrêts. Nous estimons — et c'est en quoi nous différons de quelques-uns — que cette formule n'a pas une valeur indépendante des raisons qui l'ont motivée ou qui auraient pu la motiver. Cette valeur est en fonction de la rigueur des raisonnements, exprimés ou non, qui ont conduit un certain nombre de juridictions à résoudre une difficulté précise par la voie de déductions dont nous considérons la synthèse. Aussi la doctrine et la jurisprudence elle-même sont-elles dans l'obligation, lorsqu'elles désirent s'approprier une décision emportant construction juridique nouvelle,

de rechercher dans quelle mesure les juges ont touché au but qu'ils se proposaient d'atteindre. Elles doivent se demander si les moyens employés pour y parvenir sont légitimes. En un mot, l'arrêt ou la série d'arrêts ne sont pas des phénomènes naturels qui se suffisent à eux-mêmes ; et à moins de supposer que le juge soit l'Absolu et qu'il y ait, comme disent les philosophes, harmonie préétablie entre ses facultés productives et les phénomènes juridiques où il est appelé à dire le droit, nous croyons difficile d'accorder à ses décisions une autorité sans contrôle.

Lorsqu'une jurisprudence constante, travaillant sur des espèces identiques, adopte une même solution, tout concourt à faire supposer que cette solution est la bonne ; mais ce n'est là qu'une hypothèse dont la confirmation rationnelle est nécessaire. Tandis que le naturaliste, en présence de faits physiologiques, ne saurait diriger ses investigations au delà de ce qui est, le juriconsulte, après avoir étudié les faits jurisprudentiels, est dans l'obligation de se demander ce qui doit être ; faute de quoi son travail est incomplet : car la coïncidence des différents points de vue est possible, mais non fatale. Si cette conception du rôle de la jurisprudence doit s'appliquer au droit privé en général, des raisons spéciales nous commandent d'y avoir égard en droit international, où les incertitudes tirent généralement leur origine du manque de principes directeurs ; et les précédents historiques nous fournissent un excellent exemple des résultats auxquels on aboutit en assimilant à la coutume des décisions qui n'en ont nullement les caractères spécifiques.

Quand les statutaires français du XVIII^e siècle étudièrent le conflit des coutumes, ils se trouvèrent en présence d'une quantité de matériaux disparates et inconciliables, de dissertations doctrinales où il était difficile de dégager les principes réfléchis de l'auteur des décisions jurisprudentielles qu'il incorporait, consciemment ou non, aux développements théoriques. Ils se demandèrent à quelles raisons profondes il fallait attribuer les médiocres résultats de controverses qui duraient depuis cinq siècles, et Bouhier écrivit : « Une cause de l'embarras de nos auteurs sur ce point vient de leur déférence trop aveugle pour la jurisprudence des arrêts, à laquelle ils ont voulu accommoder leurs jugemens ; je pourrais citer plusieurs témoignages qu'ils en ont rendus eux-mêmes... Cependant, ces habiles gens auraient dû penser que dans une

matière aussi subtile, et qui, avant eux, avait été aussi peu éclaircie, il avait été fort aisé aux juges de s'égarer. Comment en effet cela ne serait-il pas arrivé à des magistrats, trop occupés pour pouvoir approfondir ces subtilités, puisque des personnes consommées, et qui y ont donné toute leur application, reconnaissent qu'elles y sont encore embarrassées, et que l'esprit le plus sublime et le plus délié est en danger de s'y méprendre?... On comprend que les juges, n'ayant pas le loisir nécessaire pour discuter les opinions différentes des jurisconsultes et incertains du parti qu'ils devaient prendre, se sont souvent déterminés pour des raisons de convenance, ou d'une équité apparente. Or quel fonds peut-on faire sur de pareilles décisions ? Ne vaut-il pas mieux dire avec d'Argentré : *Valeant præjudicia, nisi ratione et jure nitantur*?... N'est-il pas plus convenable de ramener la jurisprudence des arrêts aux principes que de réduire les principes à la jurisprudence des arrêts ? »

De l'exacte application de ces idées dépendent les progrès du droit international privé. L'adoption d'une autre méthode condamne à demeurer passif devant toutes les solutions. Elle invite à tolérer, sous prétexte d'adaptation, l'arbitraire absolu des décisions judiciaires. A plus forte raison ne saurions-nous nous résoudre à voir la doctrine abandonner, dans une discipline où tout est principes, son rôle scientifique et régulateur. Est-il besoin de faire observer, d'ailleurs, que la conception à laquelle nous nous rallions n'est pas exclusive du progrès ? « La logique, disait Labbé, exclut l'arbitraire ; elle ne s'oppose pas à la réforme réfléchie. »

Il convient de remarquer, au surplus, que la recherche d'une formule générale se dégageant des décisions judiciaires peut avoir une utilité indirecte. Supposons qu'à propos d'un problème de droit international privé, on soit amené à proposer une solution de conflit qui paraisse incompatible avec le caractère de l'institution, telle qu'elle est généralement conçue ; admettons, d'autre part, qu'un examen attentif des décisions judiciaires révèle l'existence d'une construction élevée par la jurisprudence, en marge des lois écrites, et contre ces lois elles-mêmes, *corrigendi juris civilis causa*. Ne pourra-t-on pas demander à la jurisprudence dans quelle mesure il est légitime qu'elle repousse, en vertu de principes peut-être exacts, mais qu'elle méconnaît, une solution qui se justifie parfaitement, eu égard aux solutions spéciales dans

lesquelles s'est formé le rapport juridique que l'on envisage ?

Mais il n'est pas nécessaire d'insister. Nous avons cru utile d'indiquer comment nous comprenons le problème des méthodes de recherche, dont certaines tendances contemporaines révèlent l'acuité. La position que nous croyons devoir prendre ne sera susceptible que d'un nombre restreint d'applications. D'une façon générale il n'existe pas, en notre matière, de jurisprudence productive ; les arrêts se sont bornés à appliquer les systèmes que la doctrine a élaborés. Certaines décisions sont mieux motivées que les opinions doctrinales correspondantes ; elles n'ajoutent rien à ces dernières quant aux résultats. Aussi bien, dans la plupart des cas, les décisions jurisprudentielles apparaîtront-elles comme une illustration des dissertations doctrinales ; et c'est bien là, en effet, leur rôle normal.

Un mot de notre plan. Après avoir rappelé, dans un rapide exposé, le développement de l'institution de la prescription et sa physionomie actuelle en droit comparé, nous rechercherons la solution donnée à notre problème dans la théorie des statuts. Sur la légitimité des études historiques de droit, tout est dit, et l'on vient trop tard... Remarquons seulement qu'en notre matière les principales théories développées au *xix^e* siècle ont leurs racines profondes dans des traditions lointaines. Troplong invoque l'autorité du président Fabre ; la Cour de cassation, la jurisprudence anglo-américaine pourraient se réclamer des Voët ; certains jurisconsultes ont adopté, après Savigny, la doctrine de Dumoulin. Aussi comprendra-t-on que nous nous soyons attaché à retracer avec quelques détails la naissance des opinions dont nous aurons à faire la critique. Il en est de la compréhension d'une théorie comme de l'intelligence d'un texte ; les idées de l'auteur apparaissent mieux lorsqu'on prend connaissance des essais où il a fixé, d'une plume hâtive, le mouvement de sa pensée ; car les hésitations, les mots effacés, les corrections successives donnent leur valeur exacte aux expressions dernières. Ainsi de l'histoire. Pour saisir pleinement l'esprit d'une doctrine, sa portée, sa raison d'être, il faut connaître ses origines, même obscures, rechercher les modifications qu'elle a subies, les atténuations que le temps a apportées aux formules primitives ; ces investigations préparent et expliquent.

L'historique de la question terminé, nous pourrons considérer

en particulier chacun des systèmes concurremment appliqués ou développés au cours du xix^e siècle, et en essayer la critique. Le point de vue auquel nous nous serons arrêté, dans cette seconde partie de notre étude, nous conduira à des développements où nous envisagerons l'application de la formule adoptée. Une esquisse plus détaillée est inutile à cette place ; nous la réservons donc.

Disons seulement qu'au cours de notre exposé, nous nous heurterons à toutes les difficultés traitées dans les ouvrages d'ensemble, qu'il s'agisse des problèmes de méthode ou des théories qui dominent la solution des conflits de lois. En droit international privé, une monographie ne devrait être qu'une application de principes généraux à des institutions particulières. Mais le manque d'accord sur les principes contraint à tout remettre en question, à tout résoudre, si l'on veut prendre parti en connaissance de cause. De là les développements que nous consacrerons aux questions de méthodologie et à la théorie de l'ordre public.

M. le professeur Weiss avait bien voulu attirer notre attention sur ce problème de la prescription libératoire. Ses conseils nous ont été précieux. Qu'il nous permette, en terminant, de lui exprimer toute notre gratitude.

Paris, mai 1911.

LA PRESCRIPTION LIBÉRATOIRE

EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

CHAPITRE PREMIER

LA PRESCRIPTION LIBÉRATOIRE EN HISTOIRE DU DROIT ET EN DROIT COMPARÉ.

I. — *Droit romain.*

Dans le droit romain primitif, les actions étaient perpétuelles ¹. L'exercice de l'action *auctoritatis* semblait soumis à un délai de deux ans ; mais cette action ne s'éteignait pas, à proprement parler, par la prescription ; c'est l'expiration du laps de temps requis pour l'usucapion qui l'empêchait de survivre. Aux termes de la loi *Furia de sponsu*, les *sponsores* et les *fidepromissores* étaient libérés deux ans après l'échéance de la dette ; mais cette disposition n'était qu'une exception au principe ancien qui, déniait au temps toute influence sur l'existence des obligations, ne reconnaissait pas plus leur extinction conventionnelle que leur extinction légale.

Les actions qui furent accordées par les édiles et le préteur étaient généralement temporaires. Les actions édiliciennes s'éteignaient toutes par un an ; et si quelques actions prétoriennes étaient perpétuelles, la plupart étaient annales. Dans le droit byzantin les actions civiles et les actions prétoriennes perpétuelles sont soumises à un délai de prescription, qui, fixé normalement à trente ans, s'élève à quarante ans, aux termes de la novelle 111 pour les actions contre les églises et les fondations pieuses, et

1. P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^e éd., p. 724 ss. — E. Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., 1908, II, p. 872-873.

à cinquante ans pour l'action en répétition des sommes versées en paiement de dettes de jeux prohibés.

Pour que la prescription puisse être acquise, il faut que l'action soit née et que le cours de la prescription n'ait pas été interrompu soit par l'exercice de l'action, soit par une reconnaissance de dette, expresse ou tacite. De plus, la prescription peut être suspendue au profit des impubères, par exemple, ou au profit des simples mineurs, s'il s'agit d'un délai inférieur à trente ans, pendant le temps que dure l'incapacité. La prescription interrompue recommence à courir à partir du jour de l'interruption. La prescription est conçue comme une mesure de sûreté, d'intérêt général ¹.

La prescription paralyse-t-elle seulement l'action ou éteint-elle le droit? Les textes romains ne fournissent aucun renseignement précis, relativement à ce problème; et les interprètes n'ont pu se mettre d'accord sur la solution qu'il convient de lui donner ².

II. — *Ancien droit français.*

« En fait de prescription, dit un auteur, notre ancien droit ne saurait prétendre à beaucoup d'originalité. C'est au droit romain qu'il doit presque tout. Mais ces emprunts n'ont peut-être pas en cette matière le même caractère que dans d'autres. L'appropriation semble y être et plus ancienne et plus complète. L'action des jurisconsultes de profession, des interprètes, sans laquelle l'institution ne se serait peut-être pas maintenue avec les mêmes caractères, sans laquelle les règles n'eussent pas été transmises avec tant de précision, est cependant moins apparente. On reconnaît l'effet d'une acceptation spontanée, au moins autant que l'on voit le développement du travail scientifique ³ ».

1. *Lex patris, qua humano generi, profunda quiete prospexit.* Nov. Val., 26, 3; *Tricennalis autem humano generi patrona præscriptio.* Cassiod., Var., V, 37.

2. Dans le sens de la persistance d'une obligation naturelle : Savigny, *Traité de droit romain*, V, p. 399-445, qui consacre à cette question une très longue dissertation; et Dernburg, *Pandekten*, I, § 156. En sens contraire : Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 7^e éd., § 151; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, § 112.

3. A. Desjardins, *Etude historique sur les causes d'interruption de la prescription*, dans la *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, 1877, p. 293 ss., 509 ss.

C'est en effet la législation du Bas-Empire qui est restée en vigueur, dans les pays de droit coutumier eux-mêmes. Si les ordonnances royales créent un certain nombre de prescriptions nouvelles, d'un délai généralement inférieur à trente ans, l'institution conserve les mêmes caractères ; bien que la matière fût considérée comme coutumière, les coutumes renvoyaient généralement aux dispositions de la législation romaine.

On ne saurait donc constater, dans notre ancien droit, une évolution de la théorie de la prescription ¹. Les divergences des commentateurs ne portent que sur des questions de détails, en ce qui concerne la prescription libératoire tout au moins. Le système romain s'appliqua non seulement en France et dans les pays de race latine, mais encore en Allemagne, avant même la « réception » du *Corpus juris civilis*, au xv^e siècle, comme code général et subsidiaire ².

Le droit canonique ne s'appropriâ pas entièrement la théorie romaine de la prescription ; il admit la légitimité de son principe *propter vitandam miserorum segnitiam et longi temporis errorem et confusionem* ³. Mais le quatrième concile de Latran, en 1215, décida que la bonne foi du débiteur qui invoquait la prescription était nécessaire pour qu'il pût en profiter ⁴. Dans cette conception, l'institution n'est plus considérée comme fondée sur des raisons d'ordre public ; elle repose sur une présomption de paiement. La théorie canonique n'eut que peu d'influence en doctrine ⁵ ; elle n'en

1. La littérature juridique relative à la prescription est considérable. Les tables de la *Bibliotheca Realis Juridica* de Lipenius (Leipzig, 1759, et les suppléments postérieurs) peuvent donner une idée de sa richesse. Les ouvrages les plus intéressants sont ceux de J.-Fr. Balbus, *Tractatus de Præscriptionibus* (*Tractatus Tractatum universi juris*, Venise, 1584, XVII, p. 52 ss.), — de d'Argentré, *Commentarii*, sur les art. 265 et ss. de la coutume de Bretagne, — de Dunod, *Traité des Prescriptions*, 1753, — de Pothier, *Traité de la Prescription*, éd. Bugnet, IX, p. 317 ss. On peut y ajouter les commentaires de Coquille sur la coutume du Nivernais, de Brodeau et de Ferrières sur la coutume de Paris.

2. Brissaud, *Cours d'histoire du droit*, I, 159.

3. Decret. Gregor., lib. II, tit. XXVI, chap. III.

4. *Synodali judicio definimus ut nulla valeat absque bona fide præscriptio, tam canonica quam civilis ; cum sit generaliter omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quæ absque mortali non potest observari peccato ; unde oportet ut qui præscribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienam.* (Decret. Gregor., II, XXVI, XXIX.)

5. « On doit suivre la règle par la généralité de laquelle les Romains avaient sagement assuré la fortune des familles et le repos des particuliers. Mais les

eut pas en jurisprudence. Mais l'idée que la prescription de mauvaise foi est contraire à la morale devait avoir des conséquences importantes, et dont l'effet ne s'est pas limité à l'ancien droit. D'une part, on fut amené à se demander si la prescription, envisagée dans son ensemble, était une institution conforme au droit naturel¹. D'autre part, on considéra que le juge ne pouvait opposer d'office le moyen résultant de la prescription². On eut tendance, enfin, à faciliter les causes d'interruption du cours de la prescription et à multiplier les causes de suspension.

III. — *Législations modernes.*

Les codifications modernes n'ont pas renouvelé la théorie de la prescription extinctive, soit qu'elles aient emprunté leurs dispositions au Code civil français, soit que ces dispositions se rattachent à des sources nationales plus anciennes. Toutes ont envisagé la prescription libératoire comme une institution qui permet au débiteur d'opposer à la demande du créancier une fin de non-recevoir quand l'action n'a pas été intentée dans le délai qu'elles

canonistes ayant exigé dans les prescriptions la bonne foi, dont les juristes ne s'informaient pas, c'a été une première occasion pour donner atteinte, sous mille prétextes recherchés, à ce fondement de la tranquillité publique... Il me semble qu'on éviterait bien des procès, et peut-être quelques injustices, si l'on ne cherchait pas trop à écarter la prescription, et à étendre l'imprescriptibilité, et si l'on s'en tenait exactement à la règle écrite dans le droit romain. » Dunod, *op. cit.*, p. 207. Cf. Sumner Maine, *Ancient law*.

1. La question de savoir si la prescription est une institution de droit naturel a été très discutée dans l'ancien droit. Cujas, *Commentaire de la loi*, I, xli, 3, au Digeste, et Ferrières, sur le titre VI du livre II des Institutes, soutenaient que la prescription, utile à l'intérêt public, paraissait opposée à l'équité naturelle, qui ne permet pas qu'on s'enrichisse des dépouilles d'autrui : *id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest* (D. 50.19.11). Cette opinion, partagée par Pothier, *De la Prescription*, n° 20, et par Hugo Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, II, 4, § 1, n° 1, avait pour conséquence que la prescription ne pouvait être invoquée par les étrangers ; mais un arrêt du Parlement de Paris, en date du 28 juin 1728, se prononça en sens contraire, et dès lors on ne contesta plus que les étrangers ne fussent habiles à se réclamer de cette exception. Depuis Vattel, *Droit des gens*, liv. II, chap. II, n° 141, et Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, chap. xii, § 9 et 11, la prescription, suivant l'opinion déjà formulée par Cicéron, *de Officiis*, 22, 23, est considérée comme de droit naturel. Cf. Vazeilles, *Traité des Prescriptions*, 2^e éd., I, p. 13 ss. ; Marcadé, 7^e éd., IV, p. 7 ; Troplong, *de la Prescription*, I, § 2.

2. Cf. E. Heymann, *das Vorschützen der Verjährung, passim*.

déterminent. Le créancier peut interrompre le cours de la prescription ; il peut être suspendu à son profit, pour l'une des causes limitativement énumérées par la loi. Le point de départ du délai, comme en droit romain, coïncide généralement avec la naissance de l'action ; la prescription, sauf exception, ne peut être opposée d'office ; elle n'est pas susceptible d'aggravation ou de suppression conventionnelle ; il est permis, au contraire, de la faciliter et d'en abréger les délais.

Mais les législations varient à l'infini quant à la détermination de la durée des délais ou des causes de suspension ou d'interruption. C'est à raison de ces divergences que des conflits de lois peuvent se poser en matière de prescription libératoire ¹.

1. On peut se rendre compte, en parcourant le chapitre x, section I du mot *Prescription*, dans le *Répertoire général alphabétique de droit français* de Carpentier et Frèrejouan du Saint, qu'une étude de droit comparé relativement à la prescription doit être presque exclusivement consacrée à l'énumération de ces différences : nous n'insistons donc pas sur leur détail.

CHAPITRE II

LE CONFLIT RELATIF A LA PRESCRIPTION LIBÉRATOIRE DANS LA THÉORIE DES STATUTS.

Les premiers auteurs qui ont essayé de résoudre les conflits de statuts relatifs aux contrats n'ont pas donné de réponse positive à notre problème. Leurs dissertations, pour la plupart très succinctes, ne posent que des principes généraux. Mais comme ces principes sont tracés, dès le début, avec une grande netteté, et qu'ils doivent rester, dans la période postérieure, la base des travaux des jurisconsultes, nous croyons utile de les rappeler. Nous ne pouvons nous arrêter, pour des raisons matérielles ¹, à ceux qui commentèrent les premiers la glose *Quod si Bononiensis*, écrite en marge

1. Il n'est pas impossible que l'étude des fragments relatifs au conflit des statuts contenus dans les œuvres des auteurs contemporains de Guillaume Durant qui sont énumérés par M. Lainé, I, p. 117, présente un certain intérêt. Guillaume de Cugno, Oldradus, Buttrigarius, sont assez fréquemment cités par les anciens auteurs. Malheureusement leurs œuvres sont à peu près introuvables. Bornons-nous à quelques indications qui permettront, le cas échéant, de compléter notre exposé. Sur Guillaume de Cugneaux (*al. de Cugno, de Cuneo, de Cum*), mort en 1348, cf. *Biobibliographie* d'Ulysse Chevalier, *eod. vº*, et Savigny, *Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter*, 2^e éd., pp. 34, 36, et notes *h* et *i*. Il existe de cet auteur un commentaire sur le Code imprimé à Lyon, en 1513, sous le titre : *Guilhelmi de Cugno al. de Cuneo Lectura super Codice*. Un manuscrit des sept premiers livres se trouve à la bibliothèque de Bâle. — Jac. Buttrigarius (1274-1347), Savigny, *op. cit.*, VI, pp. 68, 70. Il existe de cet auteur une *Lectura in Codicem*, dont un manuscrit est à Leipzig, et qui a été imprimée à Paris en 1516. — Dino de Rossoni, de Mugillo, mort vers 1300 (cf. Ulysse Chevalier, *eod. vº*, et Savigny, *op. cit.*, V, pp. 447-465), ne paraît pas avoir écrit de commentaire sur le Code. Mais ses *Concilia*, imprimés en 1492, 1496, 1551 à Lyon, en 1574 à Venise, sont sans doute à consulter. — Oldradus (Savigny, *op. cit.*, pp. 55-59), maître de Bartole, a écrit 333 *Consilia* imprimés à Rome en 1472 et dont un manuscrit est à Padoue. L'exemplaire de cet ouvrage que nous avons consulté se trouve à la bibliothèque Sainte-Genève. Nous nous sommes reporté au *Cons.* 124, mentionné par Brodeau (*Arrets de Louet*, lettre C. n° 42, p. 144, éd. de 1633), à propos de la distinction des *ordinatoria* et des *decisoria litis*. Mais il n'est pas question, dans ce passage, du conflit des statuts.

de la loi *Cunctos populos*, la première constitution du titre de *Summa Trinitate*, au Code de Justinien ; mais nous pouvons examiner, avant la dissertation de Bartole, les aperçus fournis par ses prédécesseurs : Guillaume Durant, Jacques de Revigny, Pierre de Belleperche, Cinus, Albéric de Rosate et Jean Fabre.

I

Guillaume Durant, dans l'un de ses ouvrages, le *Speculum juris* ¹, au cours d'un paragraphe intitulé : *De sententia et de his quæ ipsam sequuntur*, formule, en matière de contrats, le principe suivant ² : *Debet etiam ferri secundum consuetudinem loci in quo contractum est, ubi litigatores sunt diversorum locorum ; quod dic. ut supra de feriis*, § 1, *sed pone : Quid ergo si unus Carnutensis et alter Rhemensis contrahunt Parisiis ; demum de communi consensu conveniunt in judicem Belvacensem, scientes eum suum non esse judicem, ut D. de judiciis* ³, *si convenerit ? Dic quod ille judicabit secundum consuetudinem parisiensem, si sit illa consuetudo ad decidendum litem, ut probatur in præd., l. 2, part. 1 de feriis.*

Un habitant de Chartres et un habitant de Reims ont passé un contrat à Paris ; à propos d'une difficulté résultant de la convention, ils demandent au juge de Beauvais de connaître du litige. Quelle coutume celui-ci appliquera-t-il ? La coutume du lieu du contrat, répond Guillaume Durant, mais seulement en ce qui concerne le fond du droit. Si l'on tient compte de la suite du paragraphe, qui décide que la capacité d'être institué héritier se règle d'après la loi d'origine de l'héritier, il est très vraisemblable qu'il ne s'agit dans cette décision que du contrat considéré en lui-même, abstraction faite de la personne des contractants. Il con-

1. Lainé, *Introduction*, I, 118 ; Savigny, *op. cit.*, V, pp. 571-603. Nous citons Guillaume Durant, dont les éditions sont innombrables, d'après celle de Francfort, 1592. Le texte des passages relatifs au conflit des statuts a, du reste, été publié par Fr. Meili : *Über das historische Debüt des int. Privatrechts*, *Zeitsch.*, 1899, pp. 24-30.

2. Livre II, partie III, § 5, n° 2.

3. D. 5.1, *de judiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat*. C'est vraisemblablement le fragment 1 qui est visé (*contra*, Meili, *op. cit.*, p. 27, qui renvoie au § 74) : *Si se subijciant aliqui jurisdictioni, et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio.*

vient de remarquer, en outre, que le mot *decidendum* a une signification technique, qu'il est opposé au mot *ordinandum*, comme le fond à la procédure. Ceci n'est pas dit explicitement par Guillaume Durant, dont les dissertations, en général, laissent beaucoup à désirer sous le rapport de la précision¹. Mais Pierre de Belleperche, son contemporain, va développer ce point de vue de telle sorte qu'aucun doute ne puisse subsister sur la pensée qui animait les postglossateurs.

Après avoir envisagé, dans un passage que nous jugeons inutile de rapporter, la situation créée par l'existence de coutumes différentes chez le demandeur, le défendeur et le juge, il ajoute² : « Les docteurs distinguent, et je suis de leur avis. Ou bien il s'agit de *his quæ ordinationem litis respiciunt*, et alors la coutume à suivre est au lieu du litige. Par exemple, moi, Orléanais, j'attaque un Parisien devant le juge de Chartres ; la coutume de Paris est que l'assignation soit donnée par écrit ; la coutume de Chartres est contraire ; c'est celle-ci qui sera appliquée. Ou bien il s'agit de *his quæ faciunt ad litis decisionem* : par exemple, quelqu'un m'a vendu un cheval ; je lui demande, à titre de garantie et conformément à la coutume, des gages ou des fidéjusseurs ; il refuse, parce que, dans son pays, ces sûretés sont inconnues. Les docteurs disent qu'il ne faut considérer ni la coutume du domicile du défendeur, ni celle du domicile du demandeur, mais qu'il faut s'attacher au lieu où le contrat s'est effectué. » Cette solution est basée sur la loi *Si fundus*, au Digeste (21.2.6) : *Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum erit caveri oportet*.

Par conséquent, dès qu'un conflit de coutume se pose à propos d'un contrat, le juge doit appliquer les formes de procédure prescrites par la *lex fori*. Mais dans la mesure où il s'agit de savoir comment et sous quelles conditions les parties ont entendu s'engager, c'est la loi du contrat (la loi du lieu du contrat) qui l'emporte. — Tel est aussi le point de vue de Cynus³, élève de Dinus,

1. M. Lainé a remarqué avec raison que la dissertation de *Constitutionibus* (l. IV, I^{re} partie, n^{os} 5 à 11, *Spec. jur.*) était d'une obscurité telle qu'elle ne pouvait être d'aucune utilité pour l'explication ou la compréhension des idées de Guillaume Durant.

2. Pierre de Belleperche, *Repetitiones in aliquot divi Justiniani imperatoris Codicis leges*, Francfort, 1571, *Repetitio prima*, § 14. Cf. Lainé, I, 121, à qui nous empruntons la traduction du passage.

3. Cynus Pistoriensis, *Commentaria in Codicem et aliquot titulos primi*

maître de Bartole, qui, à l'appui de son opinion, invoque, pour la détermination des lois de procédure, la loi *de testibus*, au Digeste, et pour celle des lois de fond, indépendamment de la loi *Si fundus*, le fragment 1 du titre *de Usuris*¹, le fragment 34 du titre *De regulis juris antiqui*², et la loi I du titre *Quæ sit longa consuetudo*, au Code³.

Jacques de Révigny⁴, Albéric de Rosate⁵, Jean Fabre⁶, professent la même doctrine. Mais aucun de ces auteurs ne développe les conséquences du principe qu'il pose. La dissertation de Pierre de Belleperche est la plus complète à cet égard ; les deux exemples qu'il donne éclairent le principe ; cependant des questions nombreuses restent dans l'ombre. Ainsi, les difficultés entrevues n'ont pas été, dès le début, l'objet d'une étude complète et approfondie.

Dans quel sens les auteurs de l'époque immédiatement postérieure allaient-ils diriger leurs recherches ? Il semble que l'on aurait dû se demander, à propos de tout conflit relatif aux contrats, si le statut dont on cherchait le domaine d'application, le statut de prescription par exemple, était un statut de forme ou de

Pendectarum tomi, Francfort, 1578, *Lectura in librum I. Codicis*, p. 2, § 8. Cf. Lainé, I, 122.

1. D. 22.1.1. *in princ.* : *Cum judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est, constituitur ; ita tamen ut legi non offendant.*

2. D. 50.17.34. *Semper in stipulationibus, et in ceteris contractibus, id sequimur, quod actum est, aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit ? Ad id, quod minimum est, redigenda summa est.*

3. C. 8.53.1. *Præses provinciæ probatis his, quæ in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, causa cognita statuet. Nam et consuetudo præcedens et ratio, quæ consuetudinem suasit, custodienda est. Et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit præses provinciæ.*

4. Savigny, *op. cit.*, V, pp. 605-615.

5. Savigny, *op. cit.*, VI, pp. 126-136. Lainé, I, 125. Ce dernier auteur semble n'avoir connu que les *Quæstiones* d'Albéric de Rosate relatives aux testaments et aux successions, mais il en existe deux autres touchant au droit des contrats et au droit pénal dans le conflit des statuts : l'œuvre d'Albéric de Rosate est donc assez considérable. Mais sa dissertation relative aux contrats (*Tractatus tractatum universi juris*, t. II, f° 31, *recto, questio* 8), se borne à enregistrer les solutions déjà connues.

6. Savigny, *op. cit.*, VI, pp. 40-46. Lainé, I, 128. V. *Breviarium in codicem*, Lyon, 1520, f° 5.

fond, et appliquer, suivant les cas, d'après les principes qui paraissaient être l'objet d'une consécration unanime, la *lex loci contractus*, ou la *lex fori*. Ce n'est cependant pas cette méthode, strictement logique, qui paraît avoir été suivie d'abord ; ou du moins, si elle fut acceptée par la pratique à raison de sa simplicité, les interprètes remirent bientôt en question les bases mêmes de la formule donnée par leurs prédécesseurs.

Bartole, tout en restant fidèle au principe, va creuser la notion de contrat et appliquer à ses éléments disséqués des règles particulières ; de la sorte, les solutions auxquelles il se ralliera seront peut-être mieux adaptées à la nature intime du rapport juridique ; mais la formule qui les exprime perdra sa netteté et sa simplicité premières. Les règles concernant le fond, pour Pierre de Belleperche, paraissent se confondre avec celles qui regardent la forme des actes. Bartole va séparer ces deux éléments ; puis il divisera, dans une distinction célèbre, ce qui reste des règles de fond quand on a éliminé les dispositions relatives à la forme des actes, et appliquera enfin son système à la prescription libératoire.

II

L'ensemble de la dissertation de Bartole sur les statuts peut être divisé en neuf parties. La première est relative aux contrats ; il nous paraît utile, à raison de son importance, de la reproduire dans son intégralité ¹ :

I. — EXPOSÉ DE LA QUESTION ET DIVISION.

Et primo quæro quid de contractibus? Pone contractum celebra-

1. Lainé, I, pp. 131-165. Savigny, VI, 137-84, 501-11, et les références de la bio-biblio. d'U. Chevalier. V. aussi, E. Orlando, *la Legislazione statutaria e i giuriconsulti italiani del secolo XIV*, 1884. — Le texte de la dissertation de Bartole n'a pas encore été publié en France dans son entier. Nous le transcrivons d'après F. Meili, *die Theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat und Strafrecht* (*Zeitschrift für Int. Priv. und St. recht*, 1894, pp. 258-269, 340-346, 446-474), collationné sur l'édition *Augustæ Taurinorum* de 1574 pour Bartole. Dans cette édition, la dissertation de Bartole sur les contrats occupe les nos 14 à 19 du commentaire de la loi *Cunctos populos*.

tum per aliquem forensem in hac civitate ; litigium ortum est, et agitur lis in loco originis contrahentis : cujus loci statuta debent servari, vel spectari? Quia illæ quæstiones sunt multum revolutæ, omissis aliis distinctionibus, plenius quam doctores dicant hic, distingue. Aut loquimur de statuto aut de consuetudine quæ respiciunt ipsius contractus solemnitatem, aut litis ordinationem, aut de his quæ pertinent ad jurisdictionem, ex ipso contractu evenientis executionis.

II. — SOLUTION.

Primo casu inspicitur locus contractus (D. 21.2.6¹. — C. 6.32.2)². Secundo casu, aut quæris de his quæ pertinent ad litis ordinationem, et inspicitur locus iudicii (D. 22.5.3)³. Aut quæris de his quæ pertinent ad ipsius litis decisionem et tunc — aut de his quæ oriuntur secundum ipsius contractus naturam tempore contractus, — aut de his quæ oriuntur ex postfacto propter negligentiam et moram. Primo casu inspicitur locus contractus (D. 21.2.6) et intelligo locum contractus, ubi est celebratus contractus, non de loco in quem collata est solutio. Nam licet fundus debeat solvi ubi est, tamen inspicitur locus celebrati contractus (D. 21.2.6). Et ita sensit Dinus (D. 44.7.21)⁴. Fallit in dote (D. 5.1.65)⁵, propter rationem ibi posi-

1 D. 21.26. Si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est caveri oportet.

2 C. 6.32.2. Testamenti tabulas ad hoc tibi a patre datas, ut in patriam perferantur, affirmans : Potes illuc perferre, ut secundum leges, moresque locorum insinuentur : ita scilicet, ut testibus non præsentibus adire prius vel pro tribunali, vel per libellum rectorem provincie procures, ac permittente eo, honestos viros adesse facias, quibus præsentibus aperiantur et ab his-rursum obsignentur.

3 D. 22.5.3 in fine. Testes non temere evocandi sunt per longum iter et multominus milites avocandi sunt a signis et muneribus perhibendi testimonii gratia, idque divus Adrianus rescripsit. Sed et divi patres rescripserunt « quod ad testes evocandos pertinet, diligentie judicantis est explorare, quæ consuetudo in ea provincia in qua judicat, fuerit », nam si probabitur, sæpe in aliam civitatem testimonii gratia plerosque evocatos, non esse dubitandum quin evocandi sint, quos necessarios in ipsa cognitione deprehenderit qui judicat.

4 D. 44.7.21. Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit.

5 D. 5.1.65. Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est ; nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.

tam juxta textum. Secundo casu, aut solutio est collata in locum certum, aut in pluribus alternative, ita quod electio sit actoris ; aut in locum nullum quia promissio fuit facta simpliciter. Primo casu inspicitur consuetudo quæ est in illo loco in quem est collata solutio (D. 12.1.22¹. — D. 13.3.4². — D. 22.1.1. expresse³), cum glossa in verbum contractum. Secundo et tertio casu inspicitur locus ubi petitur (D. 12.1.22. — D. 13.3.4). Ratio prædictorum est : quia ibi est contracta negligentia seu mora.

III. — EXEMPLES (DECISIONES).

Ex prædictis possunt solvi multæ quæstiones. Statutum est Assisii, ubi est celebratus contractus dotis et matrimonii, quod vir lucretur tertiam partem dotis, uxore moriente sine liberis : in hac vero civitate Perusii, unde est vir, statutum est quod vir lucretur dimidiam ; quid spectabitur ? Certe statutum terræ viri ut dicit D. 5.1.65. — Ecce alia : hic est statutum, quod jura petendi debitum præscribantur decem annis : modo quidam Florentinus mutuavit centum in curia romana, sub pacto de reddendo in civitate Perusii ; certe si tacuit per decem annos, erit ibi locus statuto, quid est contracta in illo negligentia. Sed prædicta videntur contra glossam quæ est D. 13.4.2. in pr., ubi videtur dici quod non inspiciatur locus contractus, sed judicii. Certe, illa glossa ibi reprehenditur. Sed hic Gulielmus de Cuneo salvat eam in hunc modum, quod aut loquimur quando contractus tractat de his quæ inspicunt quemlibet, secundum contractum rei, et ex provisione contrahentium : et tunc

1. D. 12.1.22. Vinum, quod mutuum datum erat, per judicem petatum est : Quæsitum est, cujus temporis æstimatio fieret : utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res judicaretur ? Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset (si non, quanti tunc) cum petatum esset. Interrogavi cujus loci pretium sequi oporteat ? Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset : si dictum non esset, quanti ubi esset petatum.

2. D. 13.3.4. Si merx aliqua, quæ certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum : tanti litem æstimandum Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit : si de die nihil convenit, quanti tunc cum judicium acciperetur. Idemque juris in loco esse : ut primum æstimatio teneatur ejus loci, quo dari debuit : si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. Quod et de cæteris rebus juris est.

3. D. 22.1.1 Cum judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ea more regionis ubi contractum est constituitur : ita tamen ut legi non offendant.

inspicitur locus contractus (D. 21. 2.6) ; *sed in his quæ veniunt ex improviso, ut quando agitur ad resolvendum contractum, tum inspicitur locus judicii : ut dicta glossa. Ad quod facit D. 46.3.98*¹. *Ita dixit ipse et ista verba non habent saporem veritatis. Nam regula juris est, quod inspicitur consuetudo loci ubi contractum est ut D. 50. 17.34. — Breviter dicerem sic ; aut quis vult petere restitutionem ex læsione contingente in ipso contractu, tempore contractus ; et inspiciamus locum contractus. Aut ex læsione contingente post contractum ex aliis neglegentiis vel mora ; et inspiciamus locum ubi est illa mora contracta, ut ex prædictis apparet. Et sic si esset in loco judicii inspiciamus locum judicii. Et hoc modo illa glossa posset verum dicere, alias est falsa.*

Telle est la dissertation de Bartole.

Dès le début, il met à part les formalités intrinsèques de l'acte et la procédure. Les premières sont assimilées à celles des dispositions soumises à la loi du lieu où a été passé le contrat. Puis l'auteur fait dépendre la procédure, conformément à la doctrine unanimement adoptée, de la *lex fori*. Quant au fond du contrat, Bartole propose une distinction qui caractérise son étude : celle des effets et des suites du contrat. Les effets, ce sont les conséquences naturelles de la convention, celles que de par sa nature et à raison de ses conditions d'existence elle devait nécessairement produire : les effets naissent avec la convention. Dans un contrat de vente, l'obligation de livrer la chose, l'obligation d'en verser le prix sont des effets de ce contrat, car il est impossible de séparer du contrat de vente, sans le dénaturer, les obligations réciproques des parties. Les suites d'une convention, au contraire, n'en sont que les conséquences accidentelles ; elles ne constituent que des possibilités. Si l'acheteur refuse de payer le prix convenu, son vendeur peut le mettre en demeure d'exécuter le contrat ; c'est une conséquence du contrat, sans doute ; la mise en demeure ne se concevrait pas sans l'existence préalable de ce contrat ; mais c'est une conséquence qui n'est pas en relation nécessaire avec la convention, puisque le plus souvent le contrat s'exécutera sans que l'on soit contraint d'avoir recours à ce préliminaire de l'exécution. Il a fallu l'intervention d'un fait nouveau,

1. Ce texte n'a absolument aucun rapport avec la question.

non prévu dans le contrat, la négligence du débiteur de la somme due, pour faire naître cette suite du contrat.

Cette distinction posée, Bartole applique aux effets du contrat la loi du contrat lui-même, et il entend, avec Dynus de Mugillo, par loi du contrat, l'endroit où il a été passé et non le lieu de l'exécution. En ce qui concerne les suites, il distingue : si le contrat a déterminé un lieu d'exécution, c'est la loi de ce lieu qui statuera ; si celui des contractants qui est en droit de demander l'exécution s'est réservé la faculté de l'exiger au lieu qu'il lui plaisait, ou si rien n'a été stipulé à cet égard, les suites du contrat se régleront d'après la *lex fori*. — Une glose, en marge d'un fragment du livre XIII, titre IV, des Pandectes, semble décider que la *lex fori* doit toujours être prise en considération. Guillaume de Cugno l'entend en ce sens que les effets du contrat prévus des parties se règlent, conformément à la loi *Si fundus*, d'après la *lex loci contractus*, et que les suites du contrat, s'il s'agit par exemple de sa rescision, s'apprécient d'après la *lex fori*, comme l'indique la glose. Mais, selon Bartole, le criterium est inexact. Car s'il est vrai qu'un contrat s'apprécie d'après le lieu où il est formé, les conséquences de la négligence « contractée » au lieu de l'exécution doivent être déterminées par la loi de ce dernier ; il arrivera sans doute, dans le cas où rien n'a été stipulé pour l'exécution du contrat, que la *lex fori* soit appelée à statuer ; mais ce n'est pas parce que les lois en vigueur au lieu du tribunal saisi sont applicables, c'est à raison de ce qu'on peut situer en cet endroit la négligence du créancier. La prescription libératoire étant, comme la *restitutio ex læsione contingente post contractum*, dont il est question à la fin du paragraphe, une suite du contrat, doit être traitée comme telle. Un Florentin qui prête une somme d'argent remboursable à Pérouse est soumis, quant au délai de prescription, à la loi de Pérouse.

Quelles sont les raisons données par Bartole à l'appui des solutions qu'il propose, et sont-elles les seules qui l'aient déterminé ? — En apparence, pour lui comme pour ses prédécesseurs, c'est la loi *Si fundus* qui domine le problème. Les postglossateurs ont rompu avec la tradition qui voulait que la glose se suffît à elle-même ; ils ne se reconnaissent pas cependant la liberté de se déterminer sans avoir recours aux lois romaines.

En l'espèce, à vrai dire, la tentation devait être grande d'étendre, par analogie, aux conflits de statuts, certaines des dispositions

contenues dans les compilations du Bas-Empire. Aux termes de la loi *Si fundus*, en matière de vente d'un fonds, la caution que le vendeur doit donner pour assurer l'indemnité de l'acheteur en cas d'éviction doit être constituée selon la coutume du lieu de la vente. C'est donc une disposition de fond qui offre quelque analogie avec celle de l'article 1139 du Code civil : « Ce qui est ambigu s'interprète d'après ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. » Mais l'interprétation de Bartole constitue une généralisation de la loi romaine à deux points de vue : d'une part, il applique la règle de la loi *Si fundus* à tous les effets du contrat, alors que ce fragment n'a en vue que le cautionnement ; d'autre part, il transforme une disposition de droit interne en disposition applicable au conflit des statuts. Mais il n'en existe pas moins un lien certain entre le point de départ de Bartole et les conséquences qu'il tire de la disposition romaine ; et ceux qui laissent encore, dans l'interprétation des lois modernes, une large place au raisonnement analogique, considéreront comme très légitime la déduction du maître de Bologne.

De même, il n'est pas douteux que le texte cité par Bartole à l'appui de la règle qui veut que les formes de procédure soient toujours celles en vigueur d'après la loi du juge saisi n'est pas absolument étranger à cette décision. Hadrien ¹ avait recommandé de ne pas faire assigner sans raison des témoins dont la demeure était très éloignée, ou, à plus forte raison, de ne pas détourner sous ce prétexte de leur poste des militaires sous les drapeaux ; le jurisconsulte Callistrate mentionne que les deux empereurs Sévère et Antonin ont apporté à la règle l'amendement suivant : « Lorsqu'il s'agit de faire assigner des témoins, le juge doit examiner soigneusement quelle est la coutume de l'endroit où elle est établie ; car si on prouve que l'on a souvent assigné des témoins domiciliés dans une autre ville, il n'y a pas de doute qu'on ne puisse ordonner qu'on y assignera ceux qu'il croira nécessaires dans la cause. » L'analogie est lointaine, mais réelle. Enfin, quand Bartole, ayant séparé les effets et les suites du contrat, distingue, en ce qui concerne ces dernières, le cas où le paiement doit être effectué en un certain lieu et celui où rien n'a été stipulé de façon précise à cet égard, pour appliquer au premier cas la *lex loci*

1. V. ci-dessus, note 3, p. 19.

solutionis, et au second la *lex fori*, il invoque le fragment 4 du titre de *condictione tricticaria* ainsi conçu : On doit estimer la valeur de la chose relativement au lieu où elle a dû être fournie. Dans le cas où il ne sera pas convenu d'un certain lieu, il faudra fixer la valeur de la chose relativement au lieu où elle a dû être formée. *Quod et de cæteris rebus juris est*. Le fragment D. 12.1.22 contient la même décision¹.

Par contre, il est des cas, et ce sont les plus nombreux, où la loi romaine invoquée à l'appui de certains arguments n'a absolument aucun rapport avec les institutions juridiques qu'on prétend lui faire réglementer. C'est ainsi que le rapprochement entre la règle *locus regit actum* et la loi *Si fundus* est purement verbal, puisque cette dernière règle uniquement une question de fond. Il en est de même de la loi I. D. de *Usuris*, 22. 1.

Est-ce à dire que Bartole ne se soit pas rendu compte de la qualité du point d'appui que les lois romaines pouvaient donner, en général, à la solution des conflits de lois ?

En réalité, Bartole, s'inspirant dans une certaine mesure des procédés de la dialectique scolastique², se décida surtout pour

1. V. ci-dessus, note 1, p. 20.

2. On a fort bien dit que les postglossateurs avaient dû avoir recours à la méthode scolastique ; mais il faut s'entendre sur le sens de cette formule. L'expression de méthode répond à deux idées différentes, mais étroitement liées : l'ordre dans lequel on dispose les questions que l'on se propose de résoudre, les procédés employés pour résoudre les difficultés qui se présentent à propos de chaque question. Or si le propre de la méthode scolastique est de diviser en une infinité de fragments les difficultés (voir dans P. Janet et Séailles, *Histoire de la philosophie*, 1887, p. 497, la proposition de Boèce à propos des catégories d'Aristote : *id quod per incomprehensibilem multitudinem sub disciplinam venire non poterat, per generum paucitatem animò fieret scientiæque subjectum*), dès qu'il s'agit d'envisager chacune d'elles et de lui appliquer une solution convenable, « les philosophes scolastiques n'observent pas, ils argumentent. » (Ch. Jourdain, *la Philosophie de saint Thomas d'Aquin*, Paris, 1858, t. II, p. 303 et suiv.) L'exemple classique est celui qui est fourni par saint Thomas dans son étude de la théorie des passions ; c'était bien là l'occasion d'observer ; or, il réduit cette étude expérimentale s'il en fut à un certain nombre de questions, absolument comme s'il s'agissait des problèmes les plus abstrus de la métaphysique. Les postglossateurs ne semblent avoir adopté que la première partie de ces conceptions logiques. Bartole divise sa dissertation en neuf parties, afin de diminuer dans une large mesure les difficultés de la solution : c'est la méthode scolastique ; puis il argumente : mais ici il se sépare de l'école en ce qu'il ne perd jamais de vue les faits, et que si les arguments qu'il tire du droit romain ont pour lui une valeur logique propre, il n'en est pas moins vrai qu'il a dû, dans la plupart des cas, nous le

des raisons d'opportunité, d'équité, ou de justice. Des conflits en nombre infini sollicitaient l'attention de l'interprète ; on les avait d'abord résolus par des distinctions trop larges. Considérant que les résultats obtenus soulevaient une foule de difficultés et permettaient toutes les controverses, Bartole pensa que l'on n'avait pas assez tenu compte de la nature des choses et s'appliqua à diviser la difficulté de telle sorte qu'il fût possible de la saisir sous ses différents aspects, et de limiter à un certain nombre d'éléments les discussions possibles. Mais, ne voulant pas rompre avec une vieille tradition qui faisait des lois romaines la source par excellence du droit positif, il chercha dans ces lois, sur la trace de ses prédécesseurs, la justification des doctrines qu'il professait, et parvint peut-être à se convaincre qu'elles tranchaient réellement les conflits qu'il désirait résoudre. Toutefois les lois romaines ne paralysaient aucunement ses recherches ; elles couvrirent ses dissertations de leur autorité aux yeux des contemporains, rien de plus.

Mais s'il est vrai que Bartole a eu conscience de la nécessité de chercher dans un examen approfondi des conditions de la vie juridique la solution des problèmes que révélait la pratique, peut-on rattacher à une idée générale sa théorie du conflit des statuts en matière de contrats ; ou, ce qui revient au même, ses aperçus contiennent-ils une justification de la loi *Si fundus*, qui, décidant que la loi du lieu du contrat régit les effets de celui-ci, doit s'appliquer également dans l'hypothèse où une négligence aura été « contractée » en un certain lieu ? Ou la considère-t-il simplement comme *utilis, bona et favorabilis*, ainsi qu'il le dit plus loin d'une solution qu'il donne sur une question de testaments ?

Ce motif déterminant, qui dominerait la dissertation de Bartole,

montrons, se déterminer d'après des raisons de convenance ou d'utilité. La façon même dont il divise sa dissertation indique bien qu'il a dû commencer par l'étude des faits. Or, dans tout cela il y a peut-être l'aspect extérieur des conceptions de logique scolastique ; mais leur esprit ne s'y rencontre pas. Du reste, quand nous disons que Bartole se sépare de la méthode scolastique par une observation consciencieuse des phénomènes juridiques, nous entendons qu'il se distingue à cet endroit des écrivains du moyen âge qui ont contribué, comme Raymond Lulle, par leurs constructions fantaisistes, au discrédit de l'école tout entière ; car parmi les scolastiques il est des écrivains qui ont observé avec soin et nous ont laissé des études objectives de la plus haute valeur. — Nous pensons notamment en écrivant ces lignes, et malgré ce que nous avons dit plus haut, aux dissertations politiques de saint Thomas d'Aquin.

n'apparaît pas clairement. On peut même se demander, au premier abord, si le jurisconsulte a eu l'intention de donner à ses décisions la base d'une idée générale expliquant le texte légal. Il est vrai qu'au paragraphe 47 du commentaire de la loi *Cunctos populos*, pour expliquer que l'individu qui a commis un délit est soumis au statut de ce territoire, il dit : « *Præterea contractus et delicta æquiparantur ut l. 57 et l. 20 de jud. 5 1. Sed in contractibus inspicitur locus contractus ut l. 6 de evict. 21.2. ergo...* » On en a conclu que le contrat et le délit impliquaient tous deux soumission tacite à la loi du lieu où il a été passé. La conclusion, si l'on s'en rapporte au texte, peut paraître illogique, puisque Bartole se borne à affirmer que les délits doivent être assimilés aux contrats. Mais si l'on rapproche de cette formule un passage de Jacques de Revigny où celui-ci se demande dans quelles conditions la coutume lie les étrangers, il semblerait que Bartole se soit borné à rappeler une idée qui avait cours de son temps. Jacques de Revigny recherche si celui qui commet un délit sur le territoire d'une coutume est assujéti à cette coutume ; voici sa réponse ¹ : *Si sciens, dicendum quod tenetur, quia, extrahendo cultellum, deliquit, et sic ratione delicti contrahit forum quia consuetudo ligat ipsum non ut extraneum sed ut subjectum. Similiter sic in contractu. Pone talis est consuetudo quod qui emit aliquid post tertiam horam, quod solvat decem. Quidam extraneus emit post illam horam ; si sciens consuetudinem emit, tenetur solvere, quia sortitur forum ratione contractus, et ita consuetudo ligat ipsum non ut extraneum, sed ut subjectum.*

En disant que l'étranger doit répondre du délit dans le cas où il a connu la coutume, et que la coutume n'oblige que ceux qui sont présumés s'y être volontairement soumis, en ajoutant : « c'est ce qui se passe en matière de contrats », Jacques de Revigny donne à la loi *Si fundus*, qu'il invoquera du reste, au cours de sa dissertation, une explication qui a le mérite de contenir en germe la théorie de l'autonomie de la volonté. Mais si l'idée de Revigny, appliquée sans distinction par son auteur à tous les délits, a inspiré la distinction que fait Bartole entre les délits déterminés par le droit commun et ceux qui sont propres à une législation, pour

1. Texte publié par P. de Tourtoulon, *Les Œuvres de Jacques de Revigny*, 1899, p. 98 ss.

décider que, dans le cas où ces derniers sont commis par des étrangers qui n'ont pas séjourné pendant un certain temps sur le territoire, les dispositions de la loi pénale ne leur sont pas applicables. Bartole n'a pas une idée claire et distincte de la formule du principe et de son étendue d'application ; et, par suite, sa dissertation semble fragmentaire.

Certains de ses continuateurs essaieront de rattacher avec quelque précision les déductions du maître à une idée fondamentale, tout en adoptant les solutions auxquelles elles ont conduit ¹.

III

Balde ², élève de Bartole, n'ajoute rien aux développements de son maître. Il se borne à faire une judicieuse application de la distinction entre les *ordinatoria* et les *decisoria litis* aux preuves ³.

Salicet ⁴, après Bartole, décide que c'est la loi du lieu où le contrat est passé qui doit servir à l'interpréter, et non la loi du lieu désigné pour le paiement. Il en donne pour raison qu'il serait injuste d'appliquer aux effets du contrat une loi que les parties n'ont vraisemblablement pas connue. L'idée de soumission volontaire des parties à une loi déterminée reparait ainsi sous une autre forme. D'autre part, Salicet adopte la distinction de Bartole entre les effets et les suites du contrat, et l'applique à la prescription libératoire, mais en termes moins précis que ne l'avait fait le maître de Bologne ⁵.

1. Les successeurs de Bartole en Italie se bornent à répéter ce qu'a dit le maître. Voir notamment Jason, éd. Aug. Taurinorum, 1592, *Ad primam Codicis partem commentaria*, § 20, 22, 41.

2. Lainé, I, 166.

3. Lainé, I, 178. La dissertation de Balde sur les contrats se trouve aux §§ 93 et 94 du commentaire de la loi *Cunctos populos* dans les *Commentaria in tres primos Codicis libros*, Venise, 1575.

4. Lainé, I, p. 178-188. Bartholomæus a Saliceto. *In primum et secundum Codicis libros, de summa Trinitate et fide catholica*, p. 5 § 5.

5. Salicet, *op. cit.* et *loc. cit.* : *Ex hoc infert Bartolus quod si Florentinus mutavit centum Bononiensi in Florentia et steterit per quinquennium quod ipse non petierit quod juri petendi sit præscriptum virtute statuti Bononiensis disponentis quod juri petendi præscribatur spacio quinque annorum, licet simile statutum non sit in Florentia. Ego hoc verum puto ubi simpliciter mutuavit Bononiensi ut advene, quia tunc solum potest in Bononia conveniri, ubi domicilium habet superius dixi ; et idem si solutionem destinasset in Bononia tantum*

Quant à la dissertation de Paul de Castre¹, elle se caractérise par l'explication imprévue qu'il donne de la loi *Si fundus*. Si l'interprétation d'un contrat est soumise aux statuts du lieu où il s'est formé, c'est que ces statuts s'imposent même aux étrangers, « et la raison en est que le lieu où se forme un contrat doit être considéré comme le lieu de sa naissance, et que les contrats, comme les personnes, sont soumis aux statuts du lieu de leur origine ». Son opinion demeura d'ailleurs isolée, car Rochus Curtius², dont le traité *de Statutis* est un véritable répertoire des règles admises de son temps, ne reproduit pas l'explication de Paul de Castre. Par contre, l'idée dont Jacques de Revigny paraît avoir eu le premier conscience apparaît dans la compilation. Au paragraphe 1 (f° 376 verso), faisant allusion à la partie du commentaire de Balde consacrée aux délits : « Balde, dit-il, déclare qu'en matière de contrats, on doit considérer la coutume du lieu du contrat, même si les contractants l'ont ignorée, car ils y ont tacitement consenti ». Balde, en réalité, n'a pas employé une formule aussi précise. Plus loin (§ 2, f° 377) on relève le passage suivant : *Quin imo fortius dixit Angelus Aretinus in concilio suo incipiente procedendum quod facientes actum in loco, puta forenses censentur tacite contraxisse secundum consuetudinem loci*.

De sorte que si la doctrine italienne, depuis les prédécesseurs de Bartole jusqu'à ses continuateurs en France et en Italie, a eu conscience de rattacher à un principe unique les différentes solutions données par les auteurs au conflit des statuts en matière de contrats, les uns, comme Paul de Castre, se sont contentés de constructions purement verbales, les autres se sont bornés à énoncer une proposition qu'ils n'ont pas développée³.

sed ubi generaliter convenisset reddere ubique locorum, statutum bononiense extra territorium suum non porrigit vires suas.

1. Lainé, I, 188, 189. *Pauli Castrensis in primam Codicis partem commentaria*, Venise, 1593, f° 3, verso, n° 11 : *Nam tunc statutum ligat, et afficit contractum ibi celebratum, licet per forenses, quia talis contractus dicitur ibi nasci ubi nascitur, et sicut persona ratione originis ligatur a statutis loci originis, ita et actus.*

2. Lainé, I, 203, 207. Rochus Curtius. *De statutis (Tractatus tractatum universi juris*, Venise, 1584, t. II, p. 376 et suiv.). La partie relative aux contrats se trouve aux n°s 40 et suiv., f° 380 ; le passage sur la prescription porte le n° 49.

3. Successeurs de Bartole en France : Masuer, *la Practique*, 1606, avec les notes de Fontanon, Titre 43, pp. 626-628, et Chassaneus, *Consuetudines ducatus*

Dumoulin, au contraire, devait dégager, en termes que l'on aurait tendance à qualifier de définitifs, le principe de l'autonomie de la volonté, déjà latent dans les œuvres de ses prédécesseurs.

IV

C'est au deuxième paragraphe du chapitre intitulé : *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus*¹ que Dumoulin fait l'exposé de sa théorie sur le fond des contrats : *Aut statutum loquitur de his, quæ meritum scilicet causæ vel decisionem concernunt, et tunc aut de his quæ pendent a voluntate partium, vel per eas immutari possunt, et tunc inspiciuntur circumstantiæ voluntatis quarum una est statutum loci, in quo contrahitur, et domicilii contrahentium antiqui vel recentis, et similes circumstantiæ*².

Par conséquent, lorsqu'il s'agit des matières qui dépendent de la volonté des parties — et les contrats sont de ce nombre, — c'est cette volonté seule qui doit être prise en considération. Si elle ne s'est pas manifestée de façon précise, il y a lieu d'y suppléer ; peut-être les parties ont-elles voulu se soumettre à la loi du lieu du contrat ; peut-être ont-elles en vue le domicile de l'une d'elles. Dans tous les cas, le juge devra suppléer à leur volonté en s'inspirant des circonstances de la cause. En effet, dit Dumoulin quelques lignes plus loin³, *jus est in tacita et verisimiliter mente contrahentium*. Sans se douter que, sous l'aspect quelque peu mécanique des formules qu'il proposait, Bartole avait peut-être entrevu ce principe, il reproche aux postglossateurs d'avoir interprété

Burgundiæ, Lyon, 1582, colonne 527, n° 9, s'en réfèrent purement et simplement à Bartole, à Cynus et à Jean Fabre.

1. *Opera omnia*, éd. de 1681. Dumoulin a traité de la question des contrats dans son *Commentaire sur le Code* (III, 555-557), sous le titre que nous indiquons, p. 554, col. I, dans son *Consilium* 53 (II, 963-966 et particulièrement § 3 et 4). On peut y ajouter aussi les notes sur le *Consilium* 100, l. 3, d'Alexandre (III, 937), à propos du cas particulier de la dot.

2. A l'appui de son opinion, Dumoulin cite le fragment D. 30.50 *in fine* ainsi conçu : *Si numerus nummorum legatus sit, neque apparet quales sunt legati : ante omnia ipsius patrisfamilie consuetudo, deinde regionis, in qua versatus sit, exquirenda est : sed et mens patrisfamilie, et legatarii dignitas vel caritas et necessitudo : item earum, quæ precedunt, vel quæ sequuntur summorum scripta sunt spectanda*. Il ajoute que Philippus Corneus, *Cons.* 244, et Socynus, *Cons.* 247, étaient de cet avis.

3. P. 554, col. 2, lignes 18 et 19.

pessime, ruditer et indistincte la loi *Si fundus* ¹. Ce n'est pas qu'il l'écarte complètement. Il lui laisse une place dans son système. Mais le passage où il prétend démontrer que le citoyen de Tübingen qui, de passage en Italie, vend dans ce pays sa maison de Tübingen, n'est pas soumis au principe posé par la loi *Si fundus*, selon les postglossateurs, est obscur. Sans doute la pensée maîtresse de Dumoulin est facilement saisissable ; à ses yeux, le fait de contracter dans un pays où l'on est de passage, dont on ignorera généralement la législation, n'est pas une preuve suffisante que les parties ont entendu s'en rapporter à la loi du lieu du contrat. Par contre, le raisonnement du commentateur de la coutume de Paris semble bien incertain quand il décide qu'au cas où le contrat aura été passé à Tübingen, c'est la loi *loci contractus* qui décidera, et cela en vertu de la loi *Si fundus*. La raison de ce manque de précision est simple : Dumoulin n'a pas l'audace de rompre en tous points avec la tradition ; il veut combattre ses adversaires avec leurs propres armes, les lois romaines ; mais celles-ci ne se plient pas avec exactitude à la conception nouvelle ; et l'auteur subtilise sans convaincre ². Peu importe d'ailleurs ; l'essentiel, c'est qu'il ait tracé, en termes non équivoques, le principe qui doit régir la matière des contrats.

Comme conséquence de ce principe, Dumoulin ne distingue pas entre les effets et les suites du contrat. La prescription par conséquent sera régie par la loi du contrat. C'est évidemment cette décision qui est contenue implicitement dans l'alinéa relatif aux prescriptions, où Dumoulin sépare l'usucapion, gouvernée traditionnellement par la *lex rei sitæ*, de la prescription des actions ³.

Ainsi, l'école italienne caractérisée, tant chez les postglossateurs que chez leurs successeurs italiens ou français, par une extrême division des problèmes qui touchent aux conflits de lois, donne,

1. P. 554, col. 2, 1, 14 et s.

2. P. 554, col. 2, l. xx, et Lainé, I, p. 230.

3. Si Dumoulin avait voulu donner à la loi *Si fundus* sa véritable signification au regard du principe qu'il venait d'émettre, il aurait dû dire, semble-t-il : « La loi *Si fundus*, disposition de fond destinée à régler certaines conséquences du contrat par la *lex loci contractus*, sera applicable au cas où il résultera nettement des circonstances de la cause que les parties ont entendu se soumettre à ce statut du lieu où ils ont contracté ; mais la loi *Si fundus* ne contient qu'une application du principe de l'autonomie de la volonté à une hypothèse déterminée, elle ne contient pas ce principe lui-même. »

sur le problème des contrats, des solutions relativement simples.

C'est, pour Bartole, la loi du lieu de contrat qui en règle les effets ; quant aux suites, elles sont soumises à la loi du lieu où doit se faire le paiement, ou, quand rien de précis n'a été stipulé sous ce rapport, à la loi du tribunal saisi. Dumoulin repousse ces distinctions. Pour lui, la volonté des parties est libre de déterminer la loi du contrat ; c'est cette volonté qu'il faut rechercher avant tout ; quand elle ne s'est pas exprimée, le juge a toute liberté d'y suppléer par des présomptions.

V

La jurisprudence se prononce, semble-t-il, jusqu'à la fin du xvi^e siècle, dans le sens de la doctrine de Bartole. Deux décisions, l'une donnée aux grands jours de Lyon en 1596¹, l'autre confirmant, vers la même époque, une sentence du prévôt de Paris, distinguent les *ordinatoria* et les *decisoria litis*. Dans une autre espèce, jugée le 10 décembre 1376, le cas qui se présentait était le suivant : Un habitant de Laon en Vermandois contracte une obligation à Crépy en Valois ; n'ayant pas été payé au jour convenu d'après les termes du contrat, le créancier demande au juge la permission d'exécuter son débiteur. Mais la coutume de Vermandois décide que le débiteur poursuivi dans ces conditions est redevable d'une amende de 60 sols parisis, tandis que la coutume de Valois fixe la pénalité encourue à 7 sols 6 deniers. Aussi, quand le fermier des amendes prétend recouvrer l'amende de 60 sols, le débiteur lui oppose-t-il la coutume de Valois, sous l'empire de laquelle il a contracté. Le fermier, au contraire, soutient « que l'amende de reclaim est deuë *ratione moræ et contumaciæ in solvendo*, laquelle demeure a été commise en Vermandois où le débiteur est demeurant, et la commission émanée du juge de Vermandois ; qu'il n'est pas question de l'entretienement du contrat, ains seulement d'une forme judiciaire, qui ne va qu'à l'instruction et non pas à la décision du procez ». Cette décision est conforme à la doctrine de Bartole, soit que l'on considère l'amende de reclaim comme appartenant à la procédure, soit qu'on la regarde simplement

1. Brodeau, *Arrêts*, éd. de 1609, p. 128.

comme une suite de contrat ; car dans ce dernier cas la négligence a été « contractée » en Vermandois, et, à défaut de lieu spécial fixé pour l'exécution, c'est la *lex fori* qui statue, en l'espèce, la loi du débiteur.

Enfin, on trouve au *Codex Fabrianus*, qui consacre en termes généraux la doctrine de Bartole, une décision très remarquable sur la prescription elle-même ¹.

Tel était, au moment où la doctrine française allait naître avec d'Argentré, l'état des controverses et de la jurisprudence. Quelle physionomie le problème des contrats va-t-il prendre dans la théorie nouvelle ?

VI

On sait que dès le début de son commentaire sur l'article 218 de la coutume de Bretagne, d'Argentré se sépare en termes non équivoques de la doctrine italienne, *unde fit ut incerti magistri incertiores lectores dimittant*. L'extrême division des problèmes dans les dissertations de l'école de Bartole, l'incertitude des résultats, l'impossibilité de se prononcer entre les différentes autorités qui se décident en sens opposé, sont autant de raisons de chercher à reconstruire sur des bases nouvelles la théorie des conflits de statuts. Aussi dit-il dès le début de ses explications : *Omissis omnium opinionibus, nisi si quæ cum usu congruunt receptissima tribunalibus et foro, trademus*.

1. Un Savoisien, mineur de vingt ans, fils de famille, qui s'était fait passer pour majeur et *paterfamilias*, avait cautionné à Rome l'obligation d'un autre Savoisien envers un de leurs compatriotes. Plusieurs années après il demandait sous forme d'exception à être restitué pour cause de lésion et prouvait que, aux termes de la législation en vigueur en Savoie, les délais fixés pour introduire cette demande n'étaient pas périmés. Le créancier, de son côté, soutenait que la prescription de quatre ans, depuis longtemps accomplie, avait anéanti l'action de restitution ; il eut gain de cause en première instance. En appel, *disputatum est magnis contentioneibus* sur la question de savoir qui devait l'emporter de la loi romaine ou de la *lex fori*. En faveur de la *lex contractus*, on rappela la distinction traditionnelle entre les *ordinatoria* et les *decisoria litis*. Or à première vue la *restitutio in integrum* ne fait pas partie de la procédure. Elle se rattache au fond du droit. Il est vrai que la loi qui doit régir le contrat n'est pas pour cela déterminée. On peut hésiter entre la *lex loci contractus*, la *lex loci solutionis* et la *lex fori*. Mais Bartole et Balde, après lui, ont distingué précisément à propos

Ce souci de respecter les principes constants en jurisprudence et passés dans la pratique peut paraître illogique, quand on prétend réédifier les fondements mêmes d'une doctrine. Mais d'Argen-

de la *restitutio in integrum*, deux cas, celui où la cause de la lésion est en germe dans le contrat, celui où le dommage résulte d'un des faits postérieurs au contrat, pour soumettre le premier à la *lex loci contractus*, le second à la loi du lieu où s'est commis le fait qui a déterminé la lésion. Par conséquent, en l'espèce, c'est la loi romaine qui doit statuer. Il serait d'ailleurs injuste de faire varier le délai de prescription par un changement de juridiction qui *occasione fiebat potius quam jure*. Enfin l'argument qui parut déterminant en faveur du défendeur en restitution, c'est que Rome était non seulement le lieu où le contrat avait été passé, mais encore celui où les parties avaient fixé le paiement.

On faisait remarquer, pour la défense du demandeur en restitution, que les lois en vigueur dans le duché de Savoie obligent les Savoisien, en quelque lieu qu'ils contractent; la coutume est locale; la loi, au contraire, a un effet extra-territorial; à plus forte raison cet effet doit-il être pris en considération quand l'action est intentée devant le juge du pays où une telle conception de la solution des conflits de statuts est admise. De plus, la prescription ne court que du jour où l'on peut agir; or le fils de famille, son père vivant, était incapable de demander la restitution et n'aurait pu, du reste, demeurant presque continuellement en Savoie, intenter son action à Rome. Enfin on ne lui avait pas demandé d'exécuter son obligation dans le délai de quatre ans.

Finalement le Sénat de Chambéry se prononça pour le créancier.

Le président Fabre n'a pas dégagé nettement le point de vue de Bartole; visiblement influencé par l'exemple donné par Bartole et Balde, il a regardé la *restitutio in integrum* comme formant un tout et il l'a soumise à la loi du lieu du contrat; l'expression de demande en restitution est d'ailleurs assez large pour qu'on puisse y comprendre aussi bien l'étendue de cette restitution que les conditions de son exercice. Si, du reste, l'on avait considéré que la loi qui décide du délai dans lequel la restitution *in integrum* doit être intentée est distinct de cette institution, le résultat eût été le même; la loi du lieu où le demandeur a la restitution avait contracté sa négligence aurait été compétent; en l'espèce, ce lieu était le domicile du créancier qui avait fait cautionner son obligation, c'est-à-dire Rome. Mais Rome est en même temps le lieu du paiement; c'est une raison de plus, par application de la théorie de Bartole, pour appliquer la loi romaine.

L'argument donné en faveur du demandeur à la restitution est très remarquable. Doit-on le considérer comme une conséquence de la doctrine française, qui, rejetant les divisions de l'école italienne, prétendait faire rentrer en deux classes tous les statuts et rangeait au nombre des statuts personnels le statut des conventions? Nous ne le pensons pas. Nous verrons, en effet, que la doctrine n'a jamais eu d'influence directe sur la théorie des contrats et qu'en tout cas elle passe inaperçue pendant presque tout le XIX^e siècle; mais il semble que les défenseurs du demandeur en restitution ont eu l'idée confuse que la prescription étant une mesure de protection pour le débiteur, ne saurait être déterminée que par la loi qui le protège naturellement, sa loi personnelle, la loi de son domicile, et que c'est principalement aux tribunaux du lieu de ce domicile qu'il appartient d'utiliser en faveur des nationaux les moyens de protection qui leur sont accordés par la loi régissant généralement leur état et leur capacité.

Retenons bien cette idée, car nous la verrons, au XIX^e siècle, avoir une influence

tré est un magistrat ; la coutume le lie au même titre que la loi, et comme en dernière analyse il ne s'attaque à l'école italienne qu'à raison de ses incertitudes, s'il est possible de trouver une solution qui ait réuni d'unanimes suffrages, il n'y a pas de motif de se refuser à l'appliquer.

Le principe de d'Argentré est simple. Le commentateur de la coutume de Bretagne ne distinguera plus entre la procédure et le fond du droit, entre les délits et les contrats, à plus forte raison entre les effets et les suites des conventions, entre la formation, l'exécution des actes, la capacité des parties, pour appliquer à chacun de ces éléments des règles particulières. Les développements de Bartole étaient divisés en dix sections principales. D'Argentré prétend ranger toutes les difficultés relatives au conflit des statuts sous deux rubriques : statuts réels, statuts personnels. « En principe les statuts sont réels ; la loi est par sa nature strictement et absolument territoriale ; toute coutume doit se renfermer dans son territoire ; toute coutume, dans l'étendue de son territoire, est souveraine. Par exception, quelques lois sont relatives, c'est-à-dire ne s'appliquent qu'à certaines personnes et sont extraterritoriales. »

Dans quelle catégorie vont rentrer les contrats ? D'Argentré ne répond pas directement à la question. Mais voici ce qu'il dit, au paragraphe 2 de sa glose : « Lorsqu'il s'agit des choses tenant au sol, c'est-à-dire des immeubles ou héritages, lorsqu'on a en vue l'aliénation ou l'acquisition de ces choses, et qu'elles sont situées en divers lieux, la question de savoir quelle loi doit leur être appliquée est résolue par l'usage de la façon la plus certaine ; la loi à suivre, dans chaque cas, c'est la loi locale. Chaque lieu a ses lois, ses statuts, ses coutumes ; il faut les observer dans l'étendue du territoire et les observer seuls ; les immeubles ne sauraient être régis par un autre droit que celui du territoire ; il doit en être ainsi dans les contrats, de même dans les testaments, de même dans tous les actes ; rien, quant aux immeubles, ne peut se décider en vertu des volontés privées ni pareillement se juger contre la loi du lieu où ils sont situés. Mais il doit en être autrement quant au droit des personnes, auquel il faut rattacher celui des meubles, qui est

considérable sur l'évolution des idées en matière de prescription libératoire ; et c'est à elle que se rattache, dans une large mesure, la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation.

identique. Les personnes, et avec elles leurs meubles, sont régis par la loi du domicile¹. »

Il est certain que lorsqu'il s'agira d'une opération relative à un immeuble, c'est la loi de situation de cet immeuble qu'il conviendra d'appliquer. Par conséquent, d'Argentré rejette complètement la loi *Si fundus* et les conséquences que l'école italienne y attachait. Lorsqu'il sera question d'un meuble, on se réglera d'après la loi du domicile. Mais s'il faut apprécier un contrat qui par lui-même n'est ni meuble ni immeuble, quoiqu'il se rapporte généralement à des biens de cette nature, par quelle loi se décider ? Ici, la division de tous les statuts en deux classes apparaît nettement comme insuffisante ; et cela est si vrai que d'Argentré, pour ne pas détruire l'harmonie de son système, est obligé d'éliminer de ses explications le droit des obligations, la théorie des délits, les questions relatives à la forme des actes et à la procédure. Il ne dit qu'un mot des conventions : les conventions expresses ont, à ses yeux, un effet extraterritorial, mais il ne les fait pas rentrer dans le statut personnel².

C'était indiquer par là même qu'une distinction bipartite entre les statuts, si elle n'était pas stérile, était insuffisante, et que loin de simplifier le problème des conflits de lois, elle conduisait fatalement à des décisions arbitraires, dans tous les cas où les matières qui donnaient lieu à un conflit n'étaient manifestement ni statut personnel ni statut réel ; et les jurisconsultes n'eurent d'autre alternative que de leur appliquer quand même les règles formulées à propos d'institutions juridiques de la classification, ou de revenir à la tradition, que la pratique, du reste, n'avait jamais abandonnée. Mais alors la théorie de d'Argentré se trouvait ruinée dans son fondement.

Les auteurs ne s'arrêtèrent pas à ces considérations de stricte logique. D'Argentré lui-même, en introduisant dans un système basé essentiellement sur la territorialité absolue des statuts, la personnalité de certaines lois « conformément à l'usage reçu », avait ouvert une large brèche dans l'unité de sa doctrine. Ses successeurs se borneront à l'agrandir, tant en France qu'à l'étranger. Ils prouveront par leurs études, notamment en matière de contrats,

1. Lainé, I, 315. B. d'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, éd. 1621, col. 675, n° 1.

2. Lainé, I, 316.

qu'il était impossible de se passer des divisions formulées par l'école italienne à la fin du XIII^e siècle ¹.

Certains écrivains, à vrai dire, essaieront de rattacher tous les statuts à la division bipartite de d'Argentré, mais leurs dissertations se réduiront à des affirmations sans valeur. Un mot de ces derniers. Nous pourrions ainsi, les ayant éliminés de notre historique comme ne présentant aucun intérêt, suivre les déformations subies par la doctrine italienne au cours du XVII^e et du XVIII^e siècle.

1. D'une façon générale, les ouvrages des successeurs de d'Argentré en France se bornent à confirmer en matière de contrats les résultats obtenus par l'école italienne. René Choppin, 1537-1606, n'a pas abordé le problème. V. toutefois l. II, part. III, ch. 1, titre III, n^o 19, des *Commentaires sur la coutume d'Anjou*, t. I des œuvres, Paris, 1662-1663. — Georges Louet et Brodeau ont adopté, nous l'avons vu, la doctrine italienne. — Louis Charondas le Charon (1536-1616), *Mémorables Observations au droit français*, Paris, 1637, v^o Coutume, s'exprime comme l'aurait fait Dumoulin. Rien à signaler dans les *Maximes générales du droit français* de Pierre de l'Hommeau, Paris, 1665, pas plus que dans le *Nouveau Recueil des Arrêts de Bourgogne* (Genève, 1623-1628) de Job Bouvot (1558-1636). Par contre, Barthélemy Joseph Bretonnier (1656-1722), commentateur de Claude Henrys, dans l'édition qu'il a donnée des œuvres de ce dernier, dit quelques mots de l'action en déclaration d'hypothèque; nous les rapportons d'après l'édition de 1771, t. II, p. 518. « Je soutenais, dit Bretonnier, qu'il faut distinguer entre les actions réelles, les actions personnelles ou mixtes; que pour les premières il fallait suivre la coutume du lieu où la terre est située, mais que pour les autres il faut suivre la coutume du domicile du défendeur; or une demande en déclaration d'hypothèque est une action mixte, *actio personalis in rem scripta*, car on conclut d'abord contre la personne, si mieux n'aime payer, ensuite contre l'héritage ou déguerpir. » Cette opinion fut adoptée par le Parlement de Paris le 29 juillet 1712. Paul Chaligne, qui, dans sa *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France* (Paris, 1666), s'en réfère d'une façon générale à la doctrine de d'Argentré, rappelle cependant, en matière de contrat, les règles posées par Ch. Dumoulin dans ses commentaires sur la loi *Cunctos populos* et sur la coutume de Paris (n^o 37). En ce qui concerne la fraude dans les contrats, cf. *op. cit.*, pp. 295-97. — Jean-Marie Ricard (1622-1678), au chap. VII du *Traité du don mutuel* (t. II du *Traité des donations entre vifs et testamentaires*), Paris, 1783, ne touche pas directement à notre question. Il en est de même de Basnage (1615-1695), *Commentaires de la coutume de Normandie*. La dissertation de Denis Simon, insérée à la fin du tome II de la *Nouvelle Bibliothèque historique des principaux auteurs du droit civil*, Paris, 1692, ne dit rien que nous ne connaissions (p. 398 du t. I). Quant à Philippe de Renusson, que M. Lainé (I, 370 et s.) considère comme le plus important des auteurs français du XVII^e siècle, il n'a pas formulé son opinion sur le conflit des lois relatives à la substance et à l'exécution des actes. Mais il est permis d'inférer de sa dissertation sur la forme des actes qu'il aurait vraisemblablement appliqué au fond sa théorie des droits individus. Enfin, Thaumas de la Thaumassière, qui paraît ignorer la doctrine de d'Argentré, renvoie, en matière de contrats, à Guy Pape, décision 262, à Brodeau sur Louet, c. 42, et à Johannes Faber sur la loi *Cunctos populos*. (Cout. gén. du Berry, n^o 29 des préliminaires, Bourges, 1701.)

VII

Dans son *Introduction aux principes de la jurisprudence française*¹, Prévôt de la Jannès, professeur à l'Université d'Orléans, dit qu'il faut distinguer avec soin les lois ou statuts réels, les lois ou statuts personnels, les statuts qui règlent la forme des actes, les statuts qui en déterminent les effets. Mais quelques lignes plus loin, sous forme d'axiome général, il décide² : « En dernière analyse, on ne doit reconnaître, dans toute la jurisprudence, que deux espèces de statuts seulement, les statuts réels et les statuts personnels. » La raison en est que « les actes étant d'un côté attachés à la personne de ceux qui les font, et de l'autre ayant pour objet les choses dont ils disposent diversement sur ces actes, il est clair que les statuts qui les concernent et qui en règlent la forme ou les effets se réduisent à la nature ou des statuts réels ou des statuts personnels » Cela paraît très simple, mais en réalité, rien n'est plus obscur : les actes concernant à la fois les personnes et les choses, les dispositions qui les régissent, eussent dû, semble-t-il, rentrer dans la catégorie des statuts mixtes. Mais d'une part, à l'époque où Prévôt de la Jannès écrit, on rejette généralement la notion de statut mixte ; d'autre part, on aurait abouti à assujettir tout le droit des conventions au statut réel, puisque, en définitive, les statuts mixtes inventés par d'Argentré pour réduire le domaine des statuts personnels sont assimilés aux statuts réels.

Aussi bien, est-ce par de pures combinaisons de mots que Prévôt de la Jannès applique sa règle, dans la section IV de son exposé aux statuts qui déterminent les effets des actes. Voici, par exemple, comment il détermine le caractère personnel du statut de prescription libératoire³ : « La loi, en opposant un terme fatal à certaines obligations, ordonne aux créanciers de ces obligations d'en demander le paiement avant le terme fatal qui doit les anéantir ; et faute d'avoir satisfait à cet ordre, elle les punit de leur négligence par la perte de leur dette, et par une prescription sagement

1. *Les Principes de la jurisp. française*, par Prévôt de la Jannès, éd. de 1770, pp. LVIII-CVIII.

2. Prévôt de la Jannès, *op. cit.*, p. LXIX.

3. Prévôt de la Jannès, *op. cit.*, p. CI.

introduite et salulaire pour le bien public ». Admettons que la prescription soit de statut personnel : nous ne savons pas pour cela par quelle loi elle sera régie.

La dissertation de Rodenburgh, basée sur le même principe *a priori* qu'il n'existe que deux classes de statuts, n'était pas supérieure, et il ne pouvait en être autrement ¹.

VIII

Burgundus, au contraire, après les auteurs du ^{xvii}e siècle, dans un ouvrage conçu dans l'esprit de la doctrine de d'Argentré, esquisse une théorie des contrats, dans laquelle il n'est pas question de ranger toutes les dispositions relatives aux conventions dans l'une des deux catégories de statuts. Il pose, sans doute, au début de son premier traité, la distinction désormais classique entre les lois réelles et les lois personnelles ; mais il réserve un chapitre spécial à la théorie des contrats, et son exposé, qui par certains détails se ressent de l'influence de l'extension du domaine des lois réelles, se rapproche, par la méthode d'exposition, la technique du raisonnement, souvent même par les résultats, des études similaires de l'école italienne.

a) FORME ET SUBSTANCE DU CONTRAT. — En ce qui concerne la forme et la « perfection » de cette forme *in scriptura instrumenti, solemnitatibus et ceremoniis, et generaliter in omnibus quæ ad formam ejusque perfectionem pertinent*, il faut prendre en considération la coutume du lieu où le contrat est passé. Car si les personnes sont soumises aux lois de leur domicile, les actes passés par ces personnes, et qui sont en étroite relation avec elles, sont au même titre assujetties à la loi du lieu du contrat.

La forme consistant pour Burgundus non seulement dans les formalités extrinsèques qui confèrent, par exemple, l'authenticité à l'acte, mais encore dans les *substantialia contractus*, on pourrait croire que toutes les stipulations des parties sont soumises à la loi du lieu du contrat, et qu'ainsi il n'y a pas, à proprement parler, d'autonomie de la volonté. Mais il faut bien comprendre la portée de cette règle. Ce que les parties ne peuvent pas faire, c'est d'intro-

1. Lainé, II, 49, 51. Rodenburgh, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, titre I, cap. II, dans Boullenois, *Traité de la Pers.*, I, 24-29.

duire dans l'acte une stipulation interdite par le statut local. Mais toutes les fois que les lois du lieu du contrat ne s'opposent pas à la stipulation, on s'en référera pour le tout à la volonté des parties ou, à défaut de désignation expresse, à la loi du lieu du contrat, à laquelle ils ont dû tacitement se soumettre. La règle qui veut que l'on respecte, en passant un acte, les statuts prohibitifs de ce lieu, n'est que la conséquence du principe que le caractère licite ou illicite d'une stipulation s'apprécie d'après la *lex loci contractus*.

b) LA MATIÈRE DU CONTRAT, c'est-à-dire, selon Burgundus, les choses dont on a disposé, se règle d'après la loi de situation de ces choses. Si, par exemple, on vend en un lieu quelconque un immeuble situé à Alost, l'acquéreur est obligé, selon le statut de cette ville, de continuer jusqu'à son expiration le bail existant au jour de la vente, alors même que la *lex loci contractus* suivrait la loi *Emptorem*, au Code, de *loc. cond.*, d'après laquelle l'acquéreur à titre particulier n'est pas tenu de conserver le bail. Est-ce à dire que cette règle soit une conséquence du statut réel ? Dans une hypothèse voisine, Burgundus décide que, s'il en est ainsi, c'est *propter præsumptam partium voluntatem quam videntur accomodare rebus de quibus contrahunt; ita sit nihil existiment agi, si natura rei vinculo obligationis afficiat, alioquin familiare est ut materia suas leges contractibus inserat*¹.

c) Quant aux MODES D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS, c'est la *lex loci solutionis* qui en décide, et cela en vertu de la loi *Contraxisse, D., de oblig.*

Il est donc certain que Burgundus se sépare de d'Argentré pour

1. Mais les principes de la réalité des statuts reparaissent, dans les considérations de Burgundus sur la capacité des personnes en matière de contrat. Voici en effet ce qu'il dit à propos du paiement (Trac., c. iv, n° 27) : *Habilitas tamen personæ quando solutio sit in rebus mobilibus, a lege domicilii maxime regitur aliter quam si res immobiles in solutionem veniant. Ratio diversitatis reddi posse, quia rebus mobilibus statutum non imprimitur, sed a conditione personæ legem accipiunt. E contra vero res immobiles consuetudo ipsa afficit et ad se personas trahit quas ipsamet dirigat; et novi status conditione vestiatur.* Le principe est du reste posé en termes exprès : *Proinde ut sciamus, habilis sit persona, vel inhabilis ad aliquem actum in primis erit consideranda res cui applicatur; nempe si personalis fuerit, ut hoc casu habilitatem ejus statuto reali, metiamur. E contraabilitas personæ ad officia realia a statuto reali dumtaxat intelligatur. Quod ut exemplo pateat, statutum reale est, si quis ante vigesimum quintum annum vetetur mancipare; idem vetetur contrahere statutum est personali.*

suivre, en matière de contrats, les errements de l'école italienne. Il en adopte les solutions en tout ce qui concerne la forme et le fond des conventions, et l'extinction des obligations ¹.

IX

Passons maintenant aux représentants de l'école hollandaise. Paul Voet², dans son traité *de Statutis*, consacre les résultats généraux de la doctrine italienne en matière de contrats. Il faut, quant à la substance du contrat, considérer la loi du contrat *quod ei contrahentes semet accomodare præsumantur*. La loi du contrat est double. C'est, suivant le cas, la *lex loci contractus*, ou la *lex loci solutionis*, bien que l'application de cette dernière suppose une part de fiction. Mais, contrairement à ses prédécesseurs, Paul Voet ne rattache pas aux suites du contrat le statut de prescription. Pour lui la prescription est une limitation de l'action et se rattache à la procédure : *Ubi quoad intentionem actionis occurrit illa difficultas, aut si diversa sint statuta circa actionis finitionem seu terminum, spectandus sit terminus statuti debitoris. an creditoris ? Respondeo, quia actor sequitur forum rei, ideo extraneus petens a reo, quod sibi debetur, sequetur terminum statuti præscriptionum actioni in foro rei* ³. C'est du reste, — Paul Voet prend soin de l'expliquer, — non pas la loi du domicile du débiteur qui sera compétente, mais la loi du tribunal régulièrement saisi. L'auteur n'approfondit pas son point de vue. Notons soigneusement cette idée, que nous rencontrons pour la première fois.

Les développements de Jean Voet vont nous éclairer sur la

1. Il convient de rapprocher de Burgundus un certain nombre d'auteurs que l'on classe parmi les successeurs de d'Argentré en Belgique et en Hollande et qui ont pris parti sur notre problème. Ces auteurs adoptent les solutions de Bartole. Ce sont, entre autres : Nic. Everard, *consilium* 78 ; Christinaeus, *Decisiones practicarum questionum*. I, 283, n° 12 ; nous n'avons pu consulter les ouvrages de Stockmans et d'Abraham à Wesel. — Parmi les successeurs de d'Argentré en Allemagne au xvii^e siècle, André Gaill, David Mœvius et Wolfgang Adam Lauterbach paraissent n'avoir rien écrit sur la question. Quant à Hertius, v. ci-dessous § XII *in fine*.

2. Paul Voet, *de Statutis*, Bruxelles, 1715, p. 271 et s.

3. Paul Voet, *op. cit.*, sect. 10, n° 1, p. 281.

raison qui a conduit Paul Voet à rompre avec la tradition de l'école italienne, suivie par les continuateurs de d'Argentré. Le principe de la territorialité absolue de tous les statuts, d'où dérive le nouveau régime de la prescription, n'apparaît pas nettement, en effet, dans la dissertation du premier écrivain de l'école hollandaise. Il reçoit au contraire, chez Jean Voet, sa forme définitive.

Pour Jean Voet, s'il est possible de distinguer dans la diversité des lois pouvant entrer en conflit, des statuts réels, des statuts personnels et des statuts mixtes quant à leur objet, — et l'auteur range au nombre de ces derniers ceux qui concernent les actes, — au point de vue de leurs effets, tous les statuts sont réels, c'est-à-dire sont limités au territoire pour lequel le législateur les a formulés ; cependant, par courtoisie, certains statuts peuvent avoir un effet extraterritorial.

Appliquons ces principes à la matière des contrats. Si le législateur de Hollande a déterminé impérativement les conditions essentielles du contrat, s'il interdit qu'à propos d'une vente, par exemple, on stipule d'autres garanties que celles qu'il a fixées, le juge hollandais saisi du litige devra considérer comme nulles et non avenues toutes les stipulations que les parties auront faites conformément à la loi du lieu du contrat, ou tous les avantages qu'elles réclameront, s'il s'agit des suites du contrat, en vertu de la *lex loci solutionis*. Mais d'une part, en vertu de la *comitas gentium*, le principe de la territorialité absolue des statuts mixtes pourra subir de larges restrictions ; — d'autre part, les particuliers ne sont pas liés par toutes les dispositions légales ; ils ne sont soumis qu'à celles qui concernent l'ordre public et les bonnes mœurs, et à celles relatives aux intérêts privés qui sont prohibitives : nombre de dispositions légales ne sont que supplétives de la volonté des parties ; on peut par conséquent y renoncer par un pacte tacite ou par une stipulation expresse.

Mais en ce qui concerne la prescription, J. Voet se décide pour la *lex fori*, qui sera généralement la loi du domicile du débiteur : *Nec minus eam sententiam probaveris, quoties de actione personali per præscriptionem tollenda quæstio est, dum alio tempore præscriptio in debitoris, alio in creditoris domicilio impletur ; nam et debitum magis exactum magis esse in potestate judicis, ubi debitor, quam ubi creditor domicilium fovet, vel ex eo manifestum est, quod creditor forum competens, et judicem debitoris sequi debeat.*

La raison de cette solution doit être recherchée dans l'application particulière des auteurs de l'école hollandaise à augmenter la sphère d'influence de la *lex fori*. Les postglossateurs avaient considéré que les lois relatives à la procédure ne pouvaient dépendre que de la *lex fori* ; mais, envisageant la prescription, ils ne l'avaient pas rangée au nombre des institutions de procédure. L'école hollandaise, à raison de l'esprit spécial qu'elle apportait à la solution des conflits de lois, eut tendance à la regarder comme une exception ayant pour but de paralyser l'action, et comme telle, en étroite liaison avec les institutions de forme. Ce sont les premiers jalons d'une doctrine qui sera adoptée et développée par la jurisprudence anglo-américaine, continuatrice, au xix^e siècle, des traditions de l'école hollandaise.

X

Quelles transformations va subir, au xviii^e siècle, la théorie des contrats et de la prescription chez les auteurs qui ont abordé le problème des conflits des lois ? Quelques remarques préliminaires s'imposent ; car les jurisconsultes français qui se sont appliqués à la résolution du problème qui nous intéresse ont eu conscience de la nécessité d'examiner les difficultés relatives à la collision des statuts, sinon avec une méthode nouvelle, du moins avec un esprit nouveau ; et il n'est pas sans intérêt de rechercher dans quelle mesure leur doctrine a été influencée par les principes qui les ont dirigés ; les questions de méthode sont de tous les temps, ne l'oublions pas.

L'intérêt des ouvrages de Boullenois et de Bouhier résulte autant de leur contenu que de l'esprit qui a présidé à leur élaboration. Jusqu'au xviii^e siècle les auteurs qui se succèdent et se combattent sont à peu près certains qu'ils ont touché aux solutions définitives, et chacun d'eux est persuadé qu'il aurait suffi à ses devanciers d'un peu plus d'application ou de sens critique pour découvrir les vrais principes de la solution des conflits de lois ; ils ne paraissent pas apercevoir que l'incertitude des commentaires qui ont précédé leurs dissertations avait ses raisons profondes dans les difficultés mêmes du problème complexe que l'on se proposait de résoudre ; ils cachent leurs doutes sous des affirmations, ou, à défaut de

démonstration, n'hésitent pas à ridiculiser leurs adversaires ¹. Mais ils ne convainquent jamais complètement leurs disciples, qui toujours, par quelque endroit, tendent à se séparer de leurs maîtres.

Au contraire, dès la fin du xvii^e siècle, on a nettement conscience des difficultés inhérentes à la solution des conflits de statuts. Les auteurs n'ont plus la vaine prétention de trancher, par un système de formules arbitraires, les problèmes que la pratique leur soumet. Boullenois, qui avait été « comme étourdi du peu d'unanimité des auteurs », nous dit ² : « Il n'est pas aisé, j'en conviens, de faire des lois et de prescrire des règles de jurisprudence. Il n'y en a aucune qui ne puisse souffrir quelque atteinte, par des exceptions nécessaires et quelquefois très multipliées ; et c'est principalement dans la concurrence de nos différentes coutumes que cette difficulté se fait sentir. Elles sont souvent si opposées entre elles, quelques-unes même sont si singulières et si bizarres qu'on ne pourrait trouver aucune conciliation, si l'on n'admettait des exceptions ; et le malheur est, dans cette matière, que les exceptions qui, dans tout autre genre, deviennent elles-mêmes d'autres principes, ne sont ici que de vraies exceptions bornées et limitées à quelques cas particuliers ³. » Il ajoute qu'il ne faut pas se flatter de jamais asseoir des principes dont on puisse tirer les mêmes conséquences, « parce qu'il est contre toute prudence de croire qu'on aura prévu les différentes combinaisons des coutumes et tous les cas où elles peuvent s'entrechoquer ⁴ ». C'est aussi l'avis de Bouhier ⁵, de Froland, après Challine et Rodenburgh. Nous voilà loin des imprécations de d'Argentré contre les docteurs scolastiques. Est-ce à dire que les auteurs du xviii^e siècle renouent la chaîne des traditions léguées par les postglossateurs ?

Théoriquement, Boullenois et Bouhier vont innover, en essayant de reconstruire sur la base d'une méthode nouvelle la théorie des statuts.

Boullenois désespérait « de pouvoir jamais se faire des maximes certaines ⁶ », quand, « se raidissant contre les obstacles » par pro-

1. D'Argentré, *passim*.

2. *Traité de la Pers.*, préface, p. xviii.

3. *Epître au Parlement*, en tête des Mémoires, Lainé, II, 10.

4. *Discours préliminaire des dissertations*.

5. Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. xxiii, nos 19 et suiv.

6. Lainé, II, 14. Boullenois, *Traité de la Pers.*, préface, p. xxvi.

bité professionnelle, il lui vint l'idée de demander à Descartes le secret de sa logique. « Je me rappelai la méthode que M. Descartes avait autrefois pratiquée pour parvenir aux vérités philosophiques qu'il cherchait; je me persuadai que le jurisconsulte pouvait en faire autant pour trouver celles de la justice; je déposai tout ce que j'avais lu de part et d'autre dans nos auteurs, et je me livrai à la méditation. » Boullenois allait donc résoudre le conflit des lois par les principes exposés dans le *Discours de la Méthode*; c'était une application remarquable de la pensée de Descartes : « Les sciences toutes ensemble ne sont rien autre chose que l'intelligence humaine qui reste une et toujours la même, quelle que soit la variété des objets auxquels elle s'applique, sans que cette variété apporte à sa nature plus de changement que la diversité des objets n'en apporte au soleil qui les éclaire¹ ». Et Bouhier se prononçait dans le même sens que Boullenois. A l'empirisme des solutions premières, allait se substituer le rationalisme cartésien.

A vrai dire, Bartole et son école avaient utilisé la deuxième règle de Descartes, essentiellement conforme aux principes de la méthode scolastique : diviser chacune des difficultés à examiner en autant de parcelles qu'il se pourrait et qu'il serait requis pour les mieux résoudre. Mais diviser la difficulté ne suffit pas ; il faut, dans chacune des catégories du problème que l'on a délimitées, diriger les recherches, par une méthode certaine, vers un but déterminé ; la seconde règle de Descartes n'a qu'un caractère préparatoire.

Les docteurs ayant souvent méconnu les autres principes du philosophe, une critique des procédés d'argumentation de la doctrine et de la jurisprudence s'imposait.

« Mon premier principe, dit Descartes, était de ne recevoir jamais aucune chose pour vraie que je ne la connusse évidemment être telle : c'est-à-dire, d'éviter soigneusement la Précipitation et la Prévention ; et de ne comprendre rien de plus en mes jugements que ce qui se présenterait si clairement et si distinctement à mon esprit que je n'eusse aucune occasion de le mettre en doute. » Aussi Bouhier et Froland attaqueront-ils les auteurs qui, de parti pris, accordent à la jurisprudence une autorité propre, avant d'éprouver la valeur rationnelle des principes qu'elle a for-

1. *Regulæ ad directionem ingenii*, ch. 1.

mulés. C'était vouloir lutter avec une vieille tradition fortement enracinée dans les procédés de dialecticiens des anciens auteurs ¹. D'Argentré, nous l'avons vu, avait reconnu à la jurisprudence un rôle prépondérant dans l'élaboration des principes directeurs de la solution des conflits de lois. C'est même à raison de cette circonstance qu'il avait été contraint d'admettre la personnalité d'un certain nombre de statuts.

Le troisième principe de la logique de Descartes est de conduire par ordre ses pensées, en commençant par les objets les plus simples et les plus aisés à connaître, pour monter peu à peu, comme par degrés, jusqu'à la connaissance des plus composés. Appliqué au droit, ce principe doit avoir pour conséquence de conduire les recherches vers la découverte de principes simples qui soient à la fois la source et la justification des solutions qui en dérivent.

Dans ces conditions, on aurait pu croire que les procédés de discussion allaient être renouvelés. Mais Bouhier, Froland et Boullenois sont loin d'appliquer intégralement, même en théorie, leurs principes critiques à la solution des conflits de lois ; seul peut-être le président de Dijon n'y apporte, dès le début, de graves modifications. Froland ne nous a donné qu'un répertoire de jurisprudence, tout en nous mettant en garde contre les décisions jurisprudentielles. Quant à Boullenois, il ne sait pas se débarrasser du principe d'autorité que Descartes a combattu dans sa première règle.

D'une part, il attribue à la jurisprudence un rôle qu'il aurait dû logiquement lui dénier, ainsi que l'avait fait le P. Bouhier. Parlant d'un système qui avait pour résultat de simplifier les conflits de lois en appliquant la même loi à un groupe de rapports juridiques de même nature, il dit : « Je souscris volontiers à tout ce qui peut procurer le bien public ; mais obligé par mon état de me renfermer dans les lois, telles qu'elles puissent être, dans les choses jugées et dans les décisions les plus suivies, et les plus conformes à la matière et aux principes qui ont cours jusqu'à présent, j'ai considéré que l'autorité souveraine n'était pas intervenue encore, qu'il faudrait qu'elle prescrivît des règles nouvelles, en abrogeant les anciennes, et j'en suis resté à de simples

1. Cf. INTRODUCTION.

vœux¹. » Or, il est certain que la jurisprudence n'avait, sur aucun point, acquis une fixité telle que les arrêts pussent être considérés comme constituant une coutume, obligatoire au même titre que la loi. L'interprète, juge ou avocat, était donc libre, l'un de décider, l'autre de convaincre par tous les arguments auxquels il pouvait juger utile d'avoir recours. Rien, par conséquent, n'obligeait Boullenois à ne pas rompre entièrement avec la jurisprudence, ou à n'admettre ses décisions que dans la mesure où elles étaient conformes au système qu'il reconstruisait. Mais par là même qu'il s'estimait lié, dans une certaine mesure, par les décisions « du plus auguste parlement du royaume² », il perdait en principe toute indépendance d'esprit ; comme les deux premières règles de Descartes sont solidaires, en niant indirectement la seconde sans cesser de rester attaché à la première, il s'enfermait dans une contradiction, et le renvoi aux principes méthodologiques du *Discours de la Méthode* n'avait plus aucune portée scientifique.

D'autre part, quand on lit le *Discours préliminaire aux dissertations sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, on aperçoit que Boullenois n'a pas poussé très avant l'application aux conflits de lois de la méthode cartésienne. Au cours d'un très intéressant développement, le jurisconsulte avoue son impuissance de donner un fondement rationnel à la solution des conflits de lois³. Et dans la préface de son *Traité de la Per-*

1. *Traité de la Pers.*, préface, p. xx.

2. V. Lainé, II, 16.

3. En examinant par la méditation l'ensemble des phénomènes juridiques, Boullenois remarque que « l'homme est avec l'homme dans un perpétuel commerce », *Dissert.* xv. Il serait donc difficile au législateur « de se borner à ne considérer dans l'homme que l'homme dénué de biens, qui sont néanmoins le commerce et le soutien de l'homme civil, et réciproquement, de n'envisager dans les biens que les biens seuls sans que cette considération réfléchît sur l'homme, puisqu'ils ont été créés pour son utilité ». C'est en partant de ce principe que l'auteur s'est cru autorisé à rejeter les différentes définitions que l'on avait jusqu'alors données des lois personnelles et des lois réelles. Mais par quoi va-t-il remplacer les criteriums traditionnels ? Il considère comme conforme aux constatations qu'il vient de dégager touchant la nature nécessaire des dispositions législatives de juger qu'une loi est personnelle alors même qu'elle ne disposerait pas *abstractive ab omni materia*. De même on pourra dire qu'une loi est réelle quand elle dispose *solummodo de rebus*, mais non pas *abstractive ab omni persona*. En second lieu, il semble rationnel à Boullenois « de régler l'état et la condition personnelle de l'homme, selon les lois des lieux où il se range par

sonnalité des loix, Boullenois ne fait plus allusion aux déductions qu'il a tirées de la méthode cartésienne ; il se borne à formuler le principe qui le guidera au cours de ses recherches : « Le seul expédient que j'ai pu imaginer dans une matière aussi compliquée est de fixer les principes qui soient propres à décider le plus grand nombre de nos questions mixtes, et le plus à l'avantage du bien général ; car voilà le véritable objet des loix ; mais il ne faudrait pas toujours en tirer des conclusions rigides et d'une exacte logique ; cette matière n'en est pas absolument susceptible ; encore faudra-t-il un grand usage du barreau pour faire une juste application des maximes qui auront été convenues. En général, la science des loix est de peu d'utilité quand elle est sans expérience ; mais dans une matière si épineuse, avec de la science et de l'expérience, on restera encore incertain et indécis sur bien des questions ¹. »

Ainsi Boullenois avoue lui-même qu'il en est réduit à des expédients, et que l'utilité, appréciée par un esprit au courant des besoins de la pratique, restera, en dernière analyse, le seul criterium par quoi il lui sera permis de se décider. Mais par là même il apportera dans les discussions l'esprit de l'école de Bartole.

une permanence et stabilité, soit actuelle, soit intentionnelle ; c'est en vertu du même principe de permanence que l'auteur assujettira les meubles à la loi du domicile de leur propriétaire et les immeubles à la *lex loci rei sitæ*. Dans le cas où un individu est capable, d'après la loi de son domicile, de disposer de ses biens, mais se voit interdire par la loi de la situation des immeubles qu'il possède leur libre aliénation, quelle loi décidera ? Boullenois se prononce pour la loi du domicile.

Jusqu'ici, on ne peut le nier, la dissertation de Boullenois est foncièrement cartésienne. Elle part de ce postulat que la raison est susceptible de parvenir par ses propres moyens à la découverte de la vérité ; elle témoigne d'un examen très approfondi et très réfléchi de la nature essentielle des phénomènes juridiques relatifs aux conflits de coutumes ; dans le passage de son *Introduction au droit international privé* où il démontre, contre M. Roguin, que la division des statuts en deux classes n'est qu'incomplète, M. Lainé n'a rien dit qui ne soit dans Boullenois.

Mais arrivé à ce point de sa construction, notre auteur avoue très simplement que la méditation n'a pu le mener plus loin : pour pouvoir se décider sur les statuts compliqués qui sollicitaient son attention, il a été obligé de recourir à des lectures (*Disc. prélim. XVII*). Dès lors il se défie des constructions *a priori*, s'inspire de ce qu'il suppose être l'utilité générale, et suit à nouveau les errements anciens.

1. *Traité de la Pers.*, I, 34.

Nous ne retrouvons pas, dans les *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, les mêmes contradictions que l'on constate chez Boullenois, touchant l'application au conflit des lois de la méthode de recherche des principes directeurs de Descartes. Bouhier, nous l'avons vu, affecte une grande indépendance vis-à-vis de la jurisprudence ; mais dès le début de ses discussions de détail, il n'est plus question de Descartes ni de ses procédés de recherches. Bouhier admet sans doute qu'ils doivent conduire l'interprète à examiner la définition des différentes espèces de statuts ; mais définir les statuts, c'était tout le problème ; et pour se faire de leur nature une idée claire et distincte, il fallait remonter aux principes, comme l'avait fait Boullenois, sans s'arrêter, comme lui, à la deuxième page de sa dissertation.

Est-ce à dire que Boullenois et Bouhier n'ont rien ajouté aux travaux de leurs prédécesseurs ? Ce serait mal juger de leur œuvre. Sans doute, ils méconnurent le plus souvent les données théoriques dont la considération leur semblait indispensable à la solution des conflits de loi ; mais poussés par le désir réel de découvrir, par quelque moyen que ce fût, des raisons suffisantes de se déterminer, ils approfondirent les problèmes, leur donnèrent parfois une physionomie nouvelle, et leurs dissertations, sur notre question tout au moins, par leur précision et l'importance des idées exprimées, devaient servir de base solide aux discussions du siècle suivant.

XI

Boullenois nie formellement que l'on puisse faire rentrer les lois relatives aux contrats dans la classe des statuts réels ou des statuts personnels. Déjà, dans la sixième question sur les démissions de biens, après avoir laissé supposer que tous les statuts sont réels, personnels ou mixtes, il ajoutait à ces trois catégories de lois celles qui régissent les actes, sans les rattacher aux précédentes¹. Mais au début du *Traité de la Personnalité et de la Réalité des lois*, au lieu de se borner à énoncer le principe, il le démontre par une réfutation directe des propositions contenues dans les *Principes de Jurisprudence* de Prévôt de la Jannès. Cet auteur prétend que les actes,

1. V. ci-dessus VIII, le sens de l'expression *forme des actes*.

soit pour la forme, soit pour les effets, se réduisent à la nature, ou des statuts réels, ou des statuts personnels. Cet axiome, dit Boullenois, passera difficilement en jurisprudence : « en effet, selon la jurisprudence, et selon même tous les auteurs, le statut personnel est celui qui règle l'état et la capacité de la personne, et ce statut est celui du domicile de la personne. Or, le statut qui règle la forme des actes ne saurait jamais être, comme le porte l'axiome de notre auteur, un statut personnel, puisqu'il ne règle point l'état et la condition de la personne. D'ailleurs, le statut personnel se prend de la loi du domicile, et le statut qui règle la forme des actes se prend communément de la loi du lieu où l'acte est passé, soit qu'il soit le lieu du domicile, soit qu'il ne le soit pas. Ce statut qui règle ainsi la forme des actes, ne peut donc être rangé et mis dans la classe des statuts personnels ; il est donc nécessaire d'admettre une troisième classe de statuts ¹... » Et Boullenois, au cours de la dissertation qu'il consacre aux contrats, confirmera cette idée, par la direction générale qu'il imprime à ses développements, et par les solutions qu'il donne des questions d'application. Dans une espèce qu'il cite ², à propos de la détermination de la loi qui doit régir l'exigibilité des intérêts, une des parties soutenait « que pour connaître si les conventions peuvent être valables, il faut distinguer entre les lois réelles et celles qui sont personnelles ; que dans le cas d'un droit purement personnel, il doit dépendre de la loi du domicile des parties à l'exemple de la majorité ou minorité et des conventions matrimoniales qui se règlent non par la loi du lieu où le mariage est célébré, mais par celle du domicile des parties ; que la faculté de se faire payer, en conséquence de la convention, des intérêts d'une somme qui reste exigible, est une loi purement personnelle, attendu qu'elle habilite la personne à faire certaines conventions ». Mais Boullenois rejette ce système ; car en le suivant « il s'embarrasserait lui-même ». En effet, s'il y adhérerait, on ne manquerait pas de lui objecter qu'il faudrait considérer le domicile des deux parties, « car, dit-il, l'habilité doit être réciproque dans le promettant et

1. *Traité de la Personnalité et de la Réalité des lois, coutumes et statuts*, 1746, I, pp. 445-538.

2. Affaire Jacques Buisson contre le s^r de Bravaux. *Traité de la Pers.*, p. 479 et s.

dans l'acceptant, et je ne vois pas que nos auteurs aient raisonné selon ce système ». Voyons donc comment Boullenois détermine le statut des conventions.

En matière de contrats, Boullenois a adopté, au moins en ce qui concerne les effets du contrat et ses suites présumables, le principe de l'autonomie de la volonté, tel qu'il a été développé par Dumoulin.

L'étude de l'auteur commence par un examen rapide des doctrines généralement admises ¹. Il rappelle que les juristes fondent la plupart du temps leurs décisions sur la loi *Si fundus*, et la loi *Contraxisse*, de telle sorte que seules, deux lois peuvent en principe régir le contrat, la *lex loci contractus*, et la *lex loci solutionis*. Mais ce résultat ne lui semble pas acceptable, car en limitant ainsi le nombre des lois applicables, « il faudrait mettre de côté la loi de la situation et celle du domicile, qui sont pourtant deux lois bien impérieuses, et auxquelles il faut, en quantité d'occasions, donner la préférence ». Puis, après avoir mentionné quelques-unes des difficultés soulevées par l'application de la doctrine de Bartole, reproduite dans Mœvius, il fait une analyse détaillée des solutions proposées par Burgundus, « d'où l'on voit la difficulté qu'il y a de donner des règles certaines dont on puisse tirer de véritables solutions », transcrit les décisions de Bartole et l'une de leurs applications dans Christinæus, combat les arguments donnés par certains auteurs, à l'appui de l'emploi exclusif de la *lex loci contractus*, et formule enfin dix règles que l'on peut résumer de la façon suivante :

I. — Consécration de la règle *locus regit actum*.

II. — En ce qui concerne le *vinculum obligationis* : « Quoi qu'en dise le plus grand nombre de nos auteurs, si j'étais dans la nécessité de me prononcer, je me rangerais du côté de M^e Charles Du Molin, suivi par M. le P. Bouhier. J'estime en effet comme lui que la décision dépend beaucoup des circonstances ². » Boullenois donne une application particulière du prin-

1. Boullenois, *Traité de la Pers.*, II, p. 462.

2. Boullenois, *Traité de la Pers.*, II, pp. 475-476. Il ajoute : « Schotanus, *Disput. jurid.*, 8, n° 11, le décide ainsi, et cette décision reçoit un accroissement de vérité si la vente a été faite dans un marché public. Il en est de même si un homme acquérait une marchandise dans un lieu et que cette marchandise fût taxée sans pouvoir être vendue un plus haut prix ; car pour lors le juste prix et le seul licite est celui fixé dans ce lieu. »

cipe dans sa septième règle : quand il s'agit d'effets mobiliers dont la tradition doit se faire à l'instant, il faut suivre la loi où se fait la convention, « parce que, s'agissant d'une chose mobilière, et d'un marché dont le contrat et l'exécution se consomment sur-le-champ, l'intention des parties ne peut être que de se conformer aux lois du lieu où il contracte ¹ ». Le principe sera-t-il différent quand il s'agira d'immeubles ? Non, en règle générale. « Dans les choses même réelles, on peut et on doit se régler d'après la loi du contrat, selon les circonstances qui peuvent avoir déterminé la volonté, ce qu'il faut entendre dans le cas où la loi réelle de la situation n'est pas négative prohibitive d'une certaine interprétation ² ». Et toutes ces décisions s'appliquent aux conventions matrimoniales ³.

III. — S'il s'agit des droits qui naissent du contrat *ex postfacto* par une cause nouvelle, il faut suivre la loi où cette cause a pris naissance, « quand d'ailleurs les parties n'en ont pas valablement disposé autrement ». Ainsi, pour déterminer quels sont les intérêts encourus par un débiteur mis en demeure de payer, il faut suivre la loi du lieu où le paiement devait se faire, « parce que c'est là que les intérêts prennent naissance ». Du reste, il ne peut être question d'interpréter la volonté des parties, « car on ne saurait raisonnablement présumer qu'un homme qui s'engage n'exécutera pas fidèlement et ponctuellement son engagement ⁴ ». Suivant le cas, on se décidera donc d'après le domicile du débiteur, ou celui du créancier. Mais si le débiteur ou le créancier change de domicile, sera-ce la loi du domicile au jour de l'engagement, ou le nouveau domicile qui en déciderait ? Selon Boullenois, c'est la loi du dernier domicile qui doit avoir effet, car on ne peut supposer, pour la raison qui vient d'être donnée, que les parties ont entendu s'en rapporter au lieu du contrat ⁵ ; et c'est bien, à son

1. *Traité de la Pers.*, II, p. 516.

2. *Traité de la Pers.*, II, p. 518.

3. Huitième règle, *Traité de la Pers.*, II, p. 477.

4. *Traité de la Pers.*, II, p. 478.

5. Il est assez curieux de constater que Boullenois, qui pèse généralement le pour et le contre avec un soin minutieux, n'ait pas remarqué qu'en laissant à la loi du dernier domicile du débiteur le soin de fixer le taux des intérêts et, sans doute aussi, pour les mêmes motifs, les conditions de la prescription, il permettait à l'obligé de faire subir un dommage au créancier, qui, peut-être par bonté d'âme, ne l'avait pas poursuivi. S'il est permis de supposer, comme le veut Boullenois, que les débiteurs considèrent toujours, au moment du contrat, qu'il

dernier domicile que la négligence du débiteur s'est produite. Il en serait de même si le changement de domicile du débiteur avait eu pour résultat de substituer à la nécessité d'une simple interpellation l'obligation d'une demande judiciaire, bien que dans ce cas

n'existe qu'un seul mode d'extinction de leurs obligations, le paiement, il est certain que le « bon père de famille », type normal du créancier, se préoccupera toujours de la situation que peut créer le retard du débiteur dans l'exécution des stipulations de la convention. Or, il n'est pas interdit de supposer qu'en considération de l'existence d'un certain taux d'intérêt, ou d'un certain délai de prescription au lieu où son débiteur était domicilié lors du contrat, le créancier n'avait pas exigé de garanties spéciales. Le changement de domicile le lésa évidemment. Bartole, en attribuant compétence à la *lex fori* dans le cas où aucun lieu d'exécution n'était fixé dans le contrat, n'avait pas prévu cette situation. Dumoulin, au contraire, en matière de contrats, dans le cas où les droits du mari sur la dot peuvent se trouver modifiés par suite d'un changement de domicile de sa part, avait décidé que les parties s'en étaient tacitement référées à la loi du lieu où s'étaient formées les conventions matrimoniales, et que, par suite, leur consentement leur tenant lieu de loi, il était impossible qu'elles pussent modifier leur condition par un acte unilatéral de volonté émanée de l'une d'elles. Dans le système de Dumoulin, la prescription dépendant de la loi du contrat, la question du changement de domicile ne se pose pas.

D'ailleurs, pendant longtemps la fixité des lois entrant en conflit n'a pas été considérée comme absolument nécessaire au bon fonctionnement des systèmes ; c'est ainsi que Balde n'hésite pas à faire varier le statut de majorité avec le domicile, et les auteurs, jusqu'au XVIII^e siècle, enregistrent la solution sans penser qu'elle peut présenter des inconvénients considérables. Mais au XVIII^e siècle, après Burgundus, Hertius et Rodenburgh, qui, tout en admettant que le changement de domicile modifie la capacité des individus, met à part le cas de fraude. (Rodenb., titre II, II^e part., ch. 1, *inf.*), Froland, Bouhier et Boullenois ont conscience des difficultés que, même hors le cas de fraude, le changement de domicile soulève ; « mais les jurisconsultes qui eurent le sentiment de cette vérité ne s'en rendirent pas maîtres, ils ne surent ni théoriquement en pénétrer la véritable raison, et en déduire toutes les conséquences, ni pratiquement déterminer le terrain fort étroit sur lequel de leur temps l'application en était possible ». (Lainé, II, 201.) On ne saurait ajouter aux développements de M. Lainé à ce sujet. Nous remarquerons seulement que dans une convention pure et simple comme le prêt, la fixité du statut réglant les effets et les suites des conventions ne s'opposait à aucun principe reconnu. Boullenois avait jugé utile de dégager les actes des catégories du statut réel et du statut personnel ; or, c'est seulement dans les institutions juridiques touchant les personnes et les choses que l'on pouvait concevoir des doutes sur la possibilité de rendre immuables les lois appelées à les régir. Bien plus, Boullenois lui-même, dans l'hypothèse prévue par Dumoulin, se range à l'avis de celui-ci. (T. II, p. 103, obs. 35.) Mais Boullenois, nous le savons, était plein de timidité dans ses généralisations ; et pour la prescription, la fixité du statut ne s'impose pas nécessairement, s'il est vrai qu'elle n'est régie par la loi du domicile du débiteur que parce que cette loi se confond avec la *lex fori*. Dunod, au contraire, dans un passage souvent cité par les auteurs du XIX^e siècle, se rangera à l'opinion de ceux qui considèrent que l'on doit statuer d'après la loi du premier domicile du débiteur. (*Traité des Prescriptions*, part. I, ch. xiv, p. 114.)

le débiteur ait rendu plus mauvaise, par son fait, la condition de son créancier¹.

La prescription, qui naît aussi *ex postfacto*, ne se déterminera pas davantage d'après les principes qui décident du sort des effets directs du contrat. Si le paiement a été fixé en un certain lieu, c'est, selon l'avis d'Everard, de Christinæus, de Burgundus, que Boullenois adopte², la loi de ce lieu qui fixera le délai de prescription.

Dans le cas contraire, que décider ? « Nous venons de voir que *nomina et actiones sequuntur domicilium creditoris*, et suivant cette maxime générale il faudrait décider que le débiteur ne peut prescrire que suivant la loi du domicile du créancier, qui régit cette action, qu'ainsi il faut considérer l'action par l'actif. D'autres se déterminent pour la loi du domicile du débiteur, et ils envisagent l'action sur le passif. MM. Berroyer et Laurrière, dans les notes qu'ils nous ont données sur M. Duplessis, *des Prescriptions*, I, ch. 1, *in fine*, croient à leur égard que l'avis de ceux qui décident pour suivre la loi du débiteur est la plus sûre, parce que l'action doit être intentée au domicile du débiteur, de sorte que quand il n'est pas inquiété, il prescrit cette action suivant sa coutume, sa personne est libérée aux termes de la coutume, qui est la seule qui puisse statuer sur sa personne. » Boullenois se décide pareillement pour le domicile du débiteur, car : « 1° C'est au domicile que s'intente l'action. (V. Bornier sur Ranchin, v° *Solutio*, art. 26, concl. 334.) 2° De même que dans l'action réelle, c'est le fonds qui se défend, et qui invoque à son recours la loi où il est situé, de même, dans l'action personnelle, c'est la personne qui se défend, et qui invoque la loi de son domicile³. »

1. Vinnius, *Inst.*, 4, tit. VI, v° *Judicium*, se prononçait en sens contraire, *quia cum statim actio ex contractu nascatur, et jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quærat, cum forte alias non contraxisset, jus illud creditori, facto debitoris, adimi non debet*. On dit en ce sens, précise Boullenois, que le créancier a prêté dans l'assurance que faute d'exécuter l'engagement, il serait du moins indemnisé par des intérêts qui courraient de droit, du moment de l'exécution ; qu'à la vérité, pour parvenir à faire exécuter l'engagement, il sera obligé de suivre la juridiction de son débiteur ; mais bien entendu que ses droits n'en souffriront pas et que l'on suivra la loi du lieu où l'engagement s'est fait. (*Traité de la Pers.*, II, p. 479.)

2. T. II, p. 488, et I, p. 364.

3. Il convient de remarquer que Boullenois, en admettant une opinion qui pourrait laisser croire qu'il a envisagé l'action « par le passif », ne juge pas utile de combattre l'argument, qui se base sur la règle *Nomina et actiones sequuntur domici-*

Par application¹, si un bourgeois d'Anjou achète d'un marchand de Tours des marchandises, le bourgeois ne saurait invoquer,

lium creditoris pour attribuer compétence, en matière de prescription, à la *lex domicilii debitoris*. Cet argument pouvait cependant, et avec quelque apparence de raison, être pris en considération ; s'il est vrai, en effet, que c'est la loi de la situation qui règle le sort des biens placés sous sa dépendance directe, l'action réputée située au lieu où le créancier a son principal établissement doit être soumise, comme le serait un immeuble et notamment en ce qui concerne la prescription, à la *lex domicilii creditoris*. Tel fut, semble-t-il, l'avis de Pothier, qui soutint que le créancier d'une rente constituée ne pouvait être dépouillé de son action que par la loi à laquelle il était soumis (*Prescription*, n° 251). Mais à part cette exception, les auteurs antérieurs à Boullenois ne semblent pas avoir utilisé indifféremment pour le partage en matière successorale et la prescription la règle qui réputait situés au domicile de leur propriétaire les biens incorporels. (Auzanet, *Œuvres*, Paris, 1708, *Du domicile*, n° 14, p. 377. — Chopin, *Commentaires sur les coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, t. III des *Œuvres*, Paris, 1662, l. I, tit. I, n° 10, p. 10. — Froland, *Mémoires concernant le Velleien*, Paris, 1722, partie I, ch. xv, p. 301.)

On pouvait, à vrai dire, confondre les deux hypothèses. Mais Boullenois devait être exposé à cette confusion plus que tout autre ; alors que ses prédécesseurs, en présence d'une jurisprudence très ferme qui, contrairement aux opinions restées isolées de Simon d'Olive et de Guy Coquille, se décidait pour la prédominance, en matière successorale, de la *lex domicilii creditoris*, ne pouvaient que conclure à l'application de cette loi s'ils assujettissaient l'action tout entière aux mêmes statuts, Boullenois, après Burgundus et l'une des consultations insérées au tome II des œuvres de Duplessis (Lainé, II, 275), envisage les actions « du côté de l'actif et du côté du passif », et, suivant les cas, en matière successorale, les soumet à la loi du domicile du débiteur ou à la loi du domicile du créancier. Ceci posé, Boullenois s'est-il déterminé contrairement à la décision certaine qui isolait les lois réglant la validité de l'action des lois réglant le partage successoral, par la loi du domicile du débiteur, parce que dans ce cas, comme il le dit sans plus d'explication, l'action serait considérée passivement, c'est-à-dire dans la personne du débiteur ? Nous ne saurions rien affirmer à ce sujet ; la place de la dissertation sur la prescription, dans un chapitre consacré aux successions, l'arg. n° 2 de Boullenois pourraient laisser supposer que le lieu où l'action est réputée située a pu être regardé par notre auteur comme devant avoir une influence prépondérante dans la détermination du statut de prescription. Mais d'autre part nous remarquons au texte que le seul argument véritablement juridique donné par Boullenois à l'appui de sa décision conduit à laisser croire que les motifs qui l'ont déterminé pour l'application de la *lex domicilii debitoris* sont ceux qui militent en faveur de la *lex fori*. Quant à l'intérêt de la présente controverse, v. ci-dessous le chapitre VI.

1. La discussion de Boullenois est ici bien peu rigoureuse. A vrai dire, ce n'est pas le raisonnement où il a établi le principe de la détermination de la prescription par la loi du débiteur qui semble le décider en cette espèce. « J'estimerai, dit-il, le bourgeois mal fondé, parce que, comme dit Du Pineau, art. 508, Cout. d'Anjou, quand les docteurs ont proposé la question si le statut lie les forains *in personalibus*, c'est sur le doute que l'on fait s'ils sont obligés à un plus rude ou plus sévère statut que le droit commun, ou le statut de leur pays. Mais nul docteur ne dit que le défendeur convenu devant le juge de son domicile soit rece-

quand le marchand lui réclame dix-huit mois après la vente le paiement de sa dette, la prescription de six mois qui éteint, suivant la coutume de Tours, les actions de cette nature, car la coutume d'Anjou enferme ces actions dans le délai de deux ans ; et c'est la loi du domicile du bourgeois qui doit seule régler la prescription.

Le principe que la prescription est régie par la loi du domicile du débiteur est applicable, alors même qu'en cas de saisie-arrêt sur des sommes dues au débiteur par un particulier, la *lex fori* n'admettrait qu'une prescription de plus faible durée que celle reconnue par la *lex domicilii debitoris*. Boullenois ¹ admet cependant une exception dans le cas où il s'agit de la prescription de l'action du mari en paiement de la dot promise à sa femme : il semblerait que l'on dût se décider d'après la loi du domicile de la femme, débitrice, en droit, de la dot. Mais, selon l'auteur, la loi *exigere dotem* tranche toute difficulté, en décidant que la dot se répète d'après la loi du domicile matrimonial.

Boullenois traite enfin de la prescription de l'action en garantie en matière de lettre de change. Pour lui, si une lettre de change

vable à dire qu'il veut être traité suivant le statut du pays du demandeur, principalement en ce cas auquel il est convenu par une action personnelle » Or Boullenois n'avait nullement besoin de s'en rapporter à ce genre de considérations pour décider de l'espèce qu'il examinait. Il ajoute : « Il y aurait néanmoins une considération à faire, qui est que si le créancier, trouvant quelque avantage à invoquer sa propre loi, s'en servait contre son débiteur, mais qu'elle lui fût nuisible en quelque autre chose, le débiteur sera bien fondé à se tenir à la loi sur laquelle le créancier s'est fondé lui-même... » Dans une dissertation consacrée à la prescription, et étant donnés les principes posés, ce passage ne laisse pas d'être quelque peu sibyllin.

1. Boullenois note comme conforme à son opinion un arrêt cité par Pollet, *Arrests du Parlement de Flandre*, Lille, 1716, partie III, § 86, p. 341 : « Adrien Boulart, cessionnaire d'une rente pure personnelle, avait formé opposition sur les revenus d'un fief situé au pays d'Haynaut, qui était en régie au bailliage du Quesnoy pour avoir paiement de plusieurs années d'arrérages de sa rente. M^e de Béthune, avocat, curateur commis aux biens du débiteur, soutenait qu'il ne devait en être adjugé que trois années, se fondant sur ce que suivant la coutume de Haynaut où l'opposition avait été formée, ch. cvii, de la *Prescription*, art. 7, on ne peut demander que trois années d'arrérages de rentes constituées sous hypothèques. Le contrat de constitution de rente avait été passé à Valenciennes, et les contractants y avaient leur domicile. Par arrêt rendu au rapport de M^r Buisy le 17 juillet 1692, la cour a adjugé à Boulart tous les arrérages de la rente. » Un arrêt semblable a été rendu le 30 octobre 1705 entre le marquis d'Esdigneulle et le s^r de Joncquoy. V. aussi *Jurisprudence du conseil de Mons*, Recueil de Save, arrêt n^o 107.

a été tirée d'une place étrangère sur un Français au profit d'un de ses compatriotes, si cette lettre est endossée par un Espagnol, un Portugais, etc., le recours en garantie contre le Portugais, dernier endosseur, doit être apprécié d'après la loi française, *lex loci solutionis*. Pourquoi ? « Parce que le porteur de la lettre s'étant transporté en France pour y recevoir la lettre de change, ce n'est que de France qu'il peut apprécier le délai que lui donne la loi pour intenter le recours en garantie¹. » Mais si le Portugais exerce son recours contre son endosseur espagnol, « comme le Portugais ne peut s'instruire du délai qui lui est accordé que par la loi du Portugal, loi de sa nation, c'est dans le délai prescrit par cette loi qu'il faut assigner l'Espagnol² ».

Nous avons vu que Boullenois fonde principalement la compétence de la *lex domicilii debitoris* en matière de prescription sur la circonstance que c'est au domicile du débiteur que l'action est intentée. Ceci doit retenir notre attention. Nous pouvons nous demander, en effet, si Boullenois ne s'est pas uniquement décidé pour la *lex domicilii debitoris*, parce que dans l'hypothèse qu'il envisageait elle était la *lex fori* ; et la réponse à cette question n'est pas indifférente, quand le débiteur peut être assigné devant un autre tribunal que celui de son domicile.

Il n'est pas impossible, en effet, de rattacher logiquement la prescription à la procédure. Qu'est-ce que la prescription ? Une exception. Or, dit-on, l'exception suit la loi de l'action qu'elle a pour but de paralyser ou d'anéantir ; elle s'apprécie, par conséquent, d'après la loi du tribunal saisi. Ulric Huber, après les Voet, avait présenté le problème de la prescription libératoire sous cet aspect : Un habitant de Frise, ayant contracté une obligation en Hollande, est poursuivi devant le tribunal de son domicile, avant que le délai de prescription fixé par la loi hollandaise soit expiré. Or, d'après la loi en vigueur au lieu du tribunal saisi, l'obligation est éteinte. Quelle est la loi applicable ? La *lex domi-*

1. *Traité de la Pers.*, I, p. 369-373. Boullenois mentionne l'opinion de Savary, d'après lequel le recours en garantie se prescrit d'après la loi du lieu d'où la lettre a été tirée. (*Parères*, p. 634.) Dupuis (*Traité de l'art des lettres de change*, 14.162) critiquait cette opinion, que l'on rencontrait dans un livre intitulé *Instruction sur les lettres de change*, imprimé à Blois en 1739, où il était dit que la jurisprudence n'avait jamais eu à se prononcer.

2. Un arrêt de Tournay du 8 nov. 1693 avait consacré cette doctrine. (V. Pinault, *Arrests*, Douai, 1702, chap. LXXX.)

cilii debitoris ou la *lex contractus* ? Ulric Huber se décide pour le premier parti : *Præscriptioni est locus, quia jus ejus ad actionem, non ad negotium gestum pertinet*¹. Quand Jean Fabre et Pierre de Belleperche voulurent donner une solution aux conflits de lois résultant des contrats, ils distinguèrent entre les *ordinatoria* et les *decisoria litis*. Mais ce furent des cadres qu'ils ne prirent pas la peine de remplir. Pour la première fois, semble-t-il, on répondait à la question qui n'avait pas été résolue directement depuis le XIII^e siècle. Ce ne fut pas, à vrai dire, sans susciter les plus vives protestations. Gottlieb Gerhard Titius², dans son traité de *Conflictu statutorum*, proteste contre la théorie d'Ulric Huber : *Præscriptio non tangit modum simplicem procedendi, sed tangit meritum causæ* et, par suite, c'est la loi du lieu du contrat qu'il faut envisager.

Or c'est pour le point de vue d'Ulric Huber que notre auteur se décide, et comme la jurisprudence anglo-américaine, aujourd'hui encore, ne donne pas d'autres raisons à la solution qu'elle propose du problème de la prescription en droit international privé, que l'argumentation de Boullenois dans sa réfutation de Gottlieb Gerhard Titius, nous croyons utile de la transcrire littéralement, d'autant mieux qu'elle contraste, par la précision et la propriété des expressions employées, avec le style trop souvent négligé des discussions prolixes de l'auteur.

« Quand on excipe de la prescription, dit-il, on n'attaque pas le contrat en lui-même, on le reconnaît bon et valable, dans son principe et dans son essence ; mais on soutient seulement que le créancier ne vient pas dans le temps prescrit par la loi du débiteur, ce qui ne donne pas atteinte au titre en lui-même, mais à l'action qui est un nouvel acte, et qui ne concerne que le *modum procedendi*. En vain dirait-on que la prescription est *exceptio peremptoria* et que, suivant la décision de Balde, *exceptio peremptoria pertinet ad decisionem causæ* ; il faut entendre cela d'une exception péremptoire, qui tomberait sur le contrat, tandis que, dans l'espèce, l'exception ne tombe que sur l'action et la procédure intentée³ ».

Cela étant, il semble que l'expression de loi du débiteur soit

1. Huberus, lib. III, *Juris. pub. univers.*, cap. II, § 34, et Boullenois, *Traité de la Pers.*, I, 365. Boullenois, I, 364-365.

2. *Traité de la Pers.*, I, 529.

3. *Traité de la Pers.*, I, 530.

employée par Boullenois pour loi du tribunal saisi, car tout le passage tend à prouver que la prescription détruit seulement l'action, sans toucher au fond du droit. Or, l'action appartient essentiellement à la procédure, et les institutions qui en déterminent ou en limitent les effets *pertinent ad ordinationem causæ*. Mais Boullenois a envisagé le cas normal, celui où le débiteur est assigné devant le tribunal de son domicile ¹.

XII

Alors que la majorité des statutaires essayait de faire rentrer les différentes lois dans les deux catégories de statuts ou dans des divisions particulières pour reconnaître ensuite que les statuts personnels et les statuts réels ont respectivement un effet extraterritorial et un effet territorial, Bouhier, après Jean Voet, s'en tient à la définition des statuts par leurs effets ². Mais cette manière d'envisager le problème aboutit à la négation d'une différence spécifique entre les catégories de statuts, à la négation de la théorie des statuts elle-même, car il n'est plus question de savoir si par sa nature, telle disposition est réelle, personnelle ou mixte ; on se demandera seulement s'il convient de l'appliquer en dehors du territoire ; en ce sens, Bouhier décide comme criterium de la personnalité que l'équité et l'utilité publique en sont les vrais fondements ; si donc il était équitable qu'une disposition concernant les immeubles eût un effet extraterritorial, rien ne s'opposerait, en principe, à ce que cet effet fût consacré.

Partant de cette idée, dont il n'a pas aperçu probablement toute la portée, Bouhier formule quatre règles relatives aux statuts. La deuxième est ainsi conçue : « Tout statut qui est fondé sur une convention tacite ou présumée des contractans est personnel ³. » Cette proposition a son commentaire au chapitre XXI des *Observations*. D'une façon générale, Bouhier se rallie, comme Boullenois, au point de vue de Dumoulin ; mais en matière d'intérêts, si

1. Dans le sens de Boullenois, v. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile*, t. XIII, p. 364, § 4 (1784), et Patou, *Cout. de Lille*, II, p. 44, n° 8.

2. *Observations*, ch. xxiii, n° 59, p. 457.

3. *Observations*, ch. xxiii, n° 63, p. 457.

les parties habitant sur le territoire d'une même coutume contractent dans un lieu où des intérêts sont plus forts, la fraude doit toujours se présumer, et le contrat tombera *parte in qua*.

D'autre part, si le débiteur établit son domicile dans une coutume où les intérêts sont moins élevés que d'après la loi du lieu du contrat, quelle loi faudra-t-il suivre ? La logique eût voulu que Bouhier se prononçât pour la loi du contrat. Pierre Hévin, dans ses notes sur Frain (I, ch. LXXVII, p. 306), s'était ainsi décidé, suivant la loi I. D. *de Usuris* et en considération de l'ordonnance de 1681 (l. III, tit. V, art. 15) qui règle l'intérêt du prêt à la grosse aventure, suivant le cours de la place où le contrat est passé. Mais Bouhier estime que, quand il s'agit d'intérêts moratoires, il faut plutôt suivre des lieux où le débiteur est domicilié, car dans le doute, *benigniora præferenda sunt*¹. Dans une autre espèce, l'une des parties se réclamait de mesures favorables au débiteur² (Henri IV, après les guerres de la Ligue, ordonna que déduction serait faite aux débiteurs, par leurs créanciers, du tiers des intérêts des cinq dernières années), Bouhier admet que ce débiteur était pleinement recevable, car c'est un principe absolu que *privilegium principis quam plenissime interpretare debemus*. Il ajoute : « Un étranger, prêtant de l'argent à un Français, devait prévoir qu'en cas qu'il ne fût pas payé, il serait obligé de se pourvoir devant le juge de son débiteur, lequel pourrait lui opposer toutes les exceptions que les lois du pays lui permettaient de proposer... En effet, quoique régulièrement l'on doit suivre la loi du contrat quand elle n'a rien d'illégitime, il est pourtant vrai que le souverain peut adoucir la condition du débiteur malgré le créancier³. »

Est-ce en vertu de cette idée que Bouhier applique à la prescription la loi du domicile du débiteur ? Logiquement, ce ne serait

1. *Observations*, ch. XXIII, n° 69, p. 458.

2. *Observations*, ch. XXI, n° 194 et s., p. 412.

3. Bouhier remarque que l'étranger soumis à la *lex domicilii debitoris* pourra, dans certains cas, en profiter. Ainsi, quand la coutume du lieu du domicile du débiteur donne l'avantage de la priorité au créancier le plus diligent. « Or, puisque la loi du domicile du débiteur peut lui servir, elle peut aussi lui nuire. Réflexion d'autant plus considérable que beaucoup d'auteurs sont d'avis qu'en fait de dettes, il faut suivre la coutume du débiteur, surtout quand elle lui est favorable et qu'elle concerne les choses *quæ ex natura sua nullius sunt loci*. (Burgundus, II, n° 23.) Cette résolution peut être appliquée à tous les cas semblables. »

pas impossible. Mais c'est à un autre ordre d'idées que Bouhier fait appel pour justifier sa solution. La prescription est pour lui un statut territorial, parce qu'elle constitue une disposition « odieuse ». Le chapitre xxv des *Observations*, où Bouhier traite de la Prescription, est intitulé : « De la réalité des loix qui sont exorbitantes du droit commun ou manifestement injustes. » Voici l'opinion du président de Dijon : « Il n'y a guère de maxime de jurisprudence plus universellement reçue que celle de la réalité des coutumes, qui sont contraires au droit commun, et que les jurisconsultes appellent exorbitantes. C'est non seulement l'avis de Dumoulin..., mais encore celui de tous les autres auteurs qui ont traité cette matière..., et ils en disent autant des lois qui contiennent une iniquité manifeste... Il ne me reste plus qu'à confirmer ce principe par quelques exemples... Le premier qui se présente à mon esprit est la prescription. Comme il n'y a guère de matière où nos coutumes s'écartent davantage du droit romain, et où elles varient si fort entre elles, on a demandé à quelle coutume il fallait s'en rapporter quand les débiteurs étaient domiciliés en des coutumes différentes de celles des créanciers, ou quand leurs biens sur lesquels on avait des prétentions étaient situés en différentes coutumes ? Sur quoi, on n'a jamais douté en notre Parlement qu'à l'égard des actions personnelles, la prescription ne dût se régler par la coutume du défendeur ¹. »

1. Le rapprochement entre ce passage et celui où l'auteur dégage l'idée que les limitations apportées par le prince à la durée des actions sont d'ordre public nous conduit à nous demander quels ont été, dans la théorie des statuts, les rapports des doctrines concernant la prescription et de la notion obscure ou clairement aperçue d'ordre public.

On sait que, dans la dissertation de Bartole, la notion d'ordre public intervient à propos de l'étendue d'application des statuts concernant la capacité des personnes ; suivant que ces statuts ont pour but de protéger les incapables ou d'enlever aux personnes capables une faculté qu'il est juste de leur accorder, ils sont qualifiés de favorables ou d'odieux, et reçoivent respectivement une application exclusivement territoriale, au extraterritoriale. On peut remarquer que Bartole n'applique pas à d'autres statuts que ceux de capacité sa distinction des statuts favorables et des statuts odieux ; en outre, il faut noter que, pour lui, le caractère réel ou personnel d'un statut n'est pas lié nécessairement aux qualités de favorable ou d'odieux, puisqu'il établit la réalité des statuts concernant les immeubles sans avoir recours à cette notion.

Cependant, en d'autres parties de son œuvre, Bartole a considéré que la prescription pouvait être favorable ou odieuse ; il y a même des prescriptions à la fois odieuses et favorables. A propos de l'effet interruptif de la *litis contestatio*, il dit dans son commentaire de la loi *Si rem alienam*, au livre XLI du

La justification de l'application de la *lex domicili debitoris* est bien différente, on le voit, chez Boullenois et chez Bouhier.

XIII

Nous croyons pouvoir résumer ainsi cet historique : Sous l'influence des théories logiques de l'école, les premiers jurisconsultes qui essaient de résoudre le conflit des statuts rangent les problèmes qui s'y rattachent en un certain nombre de catégories et se

Digeste (éd. Aug. Taurinorum, 1589, f^o 132) : *Quædam est præscriptio mere favorabilis, ut usucapio triennii : Quædam est præscriptio mere odiosa : Quædam est præscriptio mixta, ut X vel XX annorum. Quid dices de præscriptionibus quæ inducuntur a statutis, ut puta, qui non petierit debitum per decem annos cadat a suo jure ?* Bartole assimile cette dernière aux prescriptions odieuses ; mais il n'a rien tiré de cette qualification des prescriptions. En ce qui concerne la prescription des droits immobiliers, elle n'aurait eu aucune influence sur les solutions proposées par Bartole, puisque très certainement, d'après la quatrième partie de sa dissertation, en matière immobilière, c'est la *lex loci rei sitæ* qui est compétente : les successeurs de Bartole n'ont jamais contesté cette solution. Mais dire que la prescription d'une créance est odieuse, et lui appliquer les règles formulées à propos des statuts odieux, c'était empêcher qu'une prescription acquise d'après le statut de Pérouse, où il faudrait un plus long délai qu'aux termes du droit commun, n'eût d'effet sur le territoire de Bologne. Or ceci est en contradiction manifeste avec les solutions de Bartole. (V. ci-dessus, p. 21.) L'auteur a-t-il aperçu la difficulté, a-t-il entendu borner les effets de la nature favorable ou odieuse de la prescription aux modes d'interruption ? Aucune précision n'est possible à ce sujet.

Pendant les xv^e et xvi^e siècles (cf. J. Franc. Balbus, de *Præscriptionibus, Tractatus tractatum universi juris*, t. XVII, f^o 55, v^o, n^{os} 1 et 2), et même au xvii^e siècle (par exemple Brodeau sur art. 115 *Coutume de Paris*, p. 166, v^o *Retention d'usufruit*), la distinction des prescriptions odieuses et favorables subsista. Mais cette idée ne correspondait à rien de réel ; elle était, de plus, absolument inutile. Balbus, suivant la tradition des juriscôultes romains, des glossateurs et des postglossateurs, fait reposer la prescription sur l'utilité publique : *Si præscriptio sit iniqua respectu privatæ utilitatis, est tamen æqua respectu publicæ*. Cette définition suffisait à établir le but de la prescription et à en régler les effets. On pouvait en conclure que le juge appelé à statuer sur l'exception de la prescription ne pouvait prendre en considération que sa loi propre : mais cette solution est encore repoussée implicitement par Bartole, qui admet qu'en cas de lieu fixe pour le paiement il faut appliquer la *lex destinatæ solutionis* et non pas nécessairement la *lex fori*.

Au xviii^e siècle, au contraire, nous voyons Bouhier dégager un des aspects de la notion d'ordre public, alors que ses contemporains n'ont que l'intuition du problème. Mais on s'explique difficilement pourquoi, en donnant la solution du conflit relatif à la prescription, il croit devoir faire rentrer cette institution dans la classe des statuts odieux. Il était inutile à l'auteur de paraître chercher dans la qualité du statut le fondement de sa décision, puisqu'ailleurs il établissait nettement la solution qu'il devrait adopter, sans y avoir recours.

déterminent, dans chacune des divisions ou subdivisions que comporte chaque catégorie, pour des solutions qu'il est possible d'expliquer par des décisions analogues de droit interne contenues dans les lois romaines, ou pour des raisons de bon sens et d'utilité.

Si l'on considère une convention ayant pour objet une somme d'argent, la doctrine italienne distingue dans la substance du contrat les effets et les suites, c'est-à-dire les conséquences naturelles et les conséquences accidentelles du contrat ; elle leur applique respectivement la loi du lieu du contrat et la loi du lieu où doit s'effectuer le paiement. Elle rattache la prescription libératoire au contrat : Bartole et ses continuateurs la considèrent comme une suite imprévue de la convention. Si les parties ont convenu de fixer le paiement en un certain lieu, c'est la loi de ce lieu qui sera prise en considération ; si rien n'a été stipulé à ce sujet, c'est la *lex fori* qui statuera.

Dumoulin, sans rejeter formellement la distinction des effets et des suites, lui enlève son intérêt en assujettissant toutes les conséquences de la convention à un même principe, l'autonomie de la volonté, dans toutes les matières où le législateur n'a pas formulé d'injonctions prohibitives. Les prédécesseurs de Dumoulin avaient cru pouvoir fonder chacune des solutions qu'ils proposaient sur les lois romaines ; Dumoulin se garde bien de rejeter les arguments de texte, mais il considère que ces lois ne sont que des manifestations particulières du principe qu'il pose à la base de sa dissertation sur les contrats. La substance des contrats, ses effets et ses suites, exécution ou prescription, seront donc réglés d'après la loi à laquelle les parties ont entendu s'en rapporter pour leur appréciation. Et toutes les circonstances de la cause pourront être prises en considération par le juge dans la recherche de la volonté des parties.

D'Argentré divise tous les statuts en statuts réels et statuts personnels. Dans quelle catégorie la théorie des contrats et les règles relatives à la prescription vont-elles rentrer ? L'auteur ne se prononce pas. Ceux de ses continuateurs qui s'obstineront à ne pas reconnaître que la division du maître, exacte, dans une certaine mesure, est insuffisante pour régler tous les conflits qui naissent de la contrariété des coutumes, chercheront vainement à faire rentrer dans la catégorie des statuts personnels les lois relatives aux contrats.

Aussi la grande majorité de ses successeurs, tant en France qu'à l'étranger, reste fidèle aux divisions de l'école italienne. Ils en adoptent même les solutions, en matière de contrats, malgré les différences considérables qui les séparent, à d'autres points de vue, des premiers commentateurs de la loi *Cunctos populos*. Burgundus, en matière de prescription, ne se sépare pas de Bartole, dont la jurisprudence, du reste, n'a jamais cessé de consacrer les principes.

Le XVIII^e siècle apporte dans l'examen du problème des conflits de statuts des tendances d'esprit nettement rationalistes ; il ne se dissimule pas les difficultés inhérentes à sa solution ; il s'applique, avec une grande conscience, à déterminer les idées générales qui doivent la dominer ; il était permis de croire que les auteurs allaient renouveler la matière et donner à leurs discussions une base strictement scientifique. Mais, pour diverses raisons, cet effort n'aboutit pas ; il n'en reste qu'une tendance très marquée à pousser l'analyse plus avant qu'on ne l'avait fait jusqu'alors ; l'esprit, au fond, est resté le même, notamment dans les discussions touchant à la matière des contrats.

Aussi, dans le dernier état du droit, c'est pour des raisons d'équité que le principe de Dumoulin est appliqué à la substance et aux effets immédiats des contrats. Mais probablement à raison de l'influence des juristes hollandais, qui, partant du principe de la territorialité absolue des statuts quels qu'ils soient, ont tendance à étendre en toutes matières les pouvoirs du juge saisi, on ne considère plus la prescription comme se rattachant au contrat ; on admet qu'elle n'est qu'une exception à l'action intentée et que, par suite, elle se rattache directement à la procédure. Or la procédure — c'est le seul principe qui n'ait jamais été contesté dans la théorie des statuts — se règle par les lois du tribunal saisi. En cas de changement de domicile, les uns s'en tiennent à la loi du premier domicile, les autres font varier le statut de prescription avec le changement de domicile.

Mais une fraction importante de la doctrine continue à soutenir, après Dumoulin, que seule la loi du contrat peut décider de la prescription ¹.

1. Au nombre des auteurs qui se sont prononcés pour la *lex contractus*, dans la théorie des statuts, citons : Alderanus Mascardus, *Conclusiones ad generalem statutorum interpretationem*, Francfort, 1609, *Concl.* 7, n^o 75 ; — T. N. Hertius,

de *Collisione legum*, dans les *Opuscula*, I, 118 et s., 4, 65 ; — Cocceji, *Disp. de fundata in territorio alieno jurisdictione*, dans les *Exercitationes curiosæ*, I, 680 et ss., 7, 12, éd. 1722 ; — Riccius, *Zuverlässiger Entwurf von Stadtgesetzen*, II, 15 § 16, Leipzig, 1740 ; — Gottlieb Gerhard Titius, de *Conflictu statutorum*. Les dissertations de ces auteurs n'offrent rien d'intéressant. Elles se bornent toutes à l'affirmation rapportée plus haut que *Præscriptio non tangit modum simplicem procedendi, sed tangit meritum causæ*. — Quant à la suspension de la prescription, voici ce qu'en dit Boullenois : « Je trouve cette question proposée dans les *Playdoyers* de M. Marion, p. 822, où il parle en ces termes : Si pour prescrire la possession d'une terre assise en Bretagne, où par l'ancienne coutume, la majorité s'acquiert à vingt ans, contre un particulier qui demeure dans une province où la loi l'a fixée à vingt-cinq ans, comme à Paris, il fallait garder la coutume du domicile, il faudrait, par argument contraire, pour prescrire une terre située sous la coutume de Paris, contre un homme qui serait demeurant en Bretagne, suivre l'âge de vingt ans, conformément à la loi du domicile, chose si absurde qu'elle est aliénée de tout sens commun. Cette décision que blâme si fort M. Marion ne me paraît pas si absurde ; je croirais même qu'il ne serait pas possible de décider autrement. En effet, quand une loi porte qu'on ne peut prescrire par dix ou vingt ans, que contre les agés, c'est qu'elle exige que celui contre lequel on veut prescrire, soit en état d'agir, fondé sur ce principe de droit naturel : *contra non valentem agere non currit præscriptio*. Or, quelle est la loi qui décide si le créancier est en état d'agir, ou non ? C'est sans doute la loi de son domicile ; par conséquent..., c'est celle du domicile du créancier, que nous supposons être celle de sa naissance qui décide s'il est agé, ou non. »

CHAPITRE III

LA MÉTHODE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

Arrivés à ce point de notre étude, avant de passer à l'examen des théories doctrinales et jurisprudentielles qui se sont développées sur les fondements historiques que nous venons d'exposer, nous estimons indispensable de dire quelques mots de la méthode du droit international privé.

A vrai dire, nous ne nous dissimulons pas que ce procédé d'exposition pourra soulever certaines objections. Ne vaudrait-il pas mieux se borner à un examen pur et simple des systèmes qui se sont partagé la doctrine et la jurisprudence au *xix^e* siècle ? Ne serait-il pas plus scientifique de n'avoir recours aux ressources de la méthodologie que dans le cas où les solutions données sans méthode nettement caractérisée ne conduiraient pas à des résultats satisfaisants ? Nous estimons n'avoir pas à nous arrêter à ce genre de considérations. Pour avoir pleinement conscience de l'évolution d'une doctrine, il est nécessaire d'avoir toujours en vue des points de comparaison. En l'état actuel du droit international, il est possible de dégager un certain nombre d'idées générales dont l'exposé peut être utile à la compréhension des difficultés qui se sont posées et se posent encore à propos d'un problème particulier. Mieux vaut les exprimer que les sous-entendre, quand il y a tout lieu de croire qu'elles expriment avec une netteté suffisante le but à atteindre et indiquent avec assez de précision les moyens pour y parvenir.

Elles furent aperçues des auteurs qui, à la fin du *xviii^e* siècle et au commencement du *xix^e*, approfondirent le problème des conflits de lois. Nous avons vu, en étudiant les doctrines de Bouhier et de Boullenois, que ces auteurs avaient connu la nécessité de rattacher à une méthode dont on considérerait qu'elle avait fait ses preuves, l'étude des questions juridiques qui naissaient de la

contrariété des lois et des coutumes ; à vrai dire, la trop grande généralité de la formule de Descartes, plus encore peut-être que les circonstances qui ont contribué à empêcher la stricte application de sa méthode, firent échouer la tentative. Mais il est certain que Boullenois eut conscience, dans une large mesure, des difficultés de méthodologie propres au droit international, et les premiers chapitres de l'ouvrage de Savigny prouvent qu'il était possible, dès le début du siècle, pour un esprit porté à l'abstraction, de dégager certains principes permettant l'appréciation des solutions empiriques passées, présentes ou à venir ¹.

Ces idées générales n'auraient pu être exprimées par les auteurs antérieurs, les notions de souveraineté et d'ordre public n'étant pas encore nettement dégagées ; mais elles devaient, dès le début du xix^e siècle, apparaître expressément dans les œuvres des jurisconsultes ou résulter clairement de leurs solutions. Il n'est donc pas artificiel de faire précéder un exposé doctrinal et jurisprudentiel comme le nôtre, d'une esquisse de principes dès longtemps connus qui permettra, nous l'espérons, d'apercevoir avec plus de netteté les difficultés auxquelles juristes et juges devaient se heurter, celles qu'ils ont su résoudre, celles qui sont demeurées intactes ².

I

Selon un grand nombre d'auteurs, le droit international présente deux aspects différents ; à chacun correspond une méthode propre ³.

1. Voir la préface du *Traité de la Personnalité et de la Réalité des lois et des coutumes* ; Savigny, *Traité*, tr. Guenoux, VIII, p. 22 ; J. Jitta, *Méthode du droit international privé*, p. 115, et Pillet, *Principes*, p. 99, qui consacre au caractère de la solution du conflit dans la doctrine statutaire une page extrêmement précise.

2. Il n'y a du reste aucun inconvénient à considérer un exposé méthodologique comme une hypothèse scientifique permettant d'effectuer des recherches qui aboutissent souvent à la vérification de l'hypothèse. Milne Edwards disait : « Les hypothèses donnent à la science à la fois le mouvement et la forme ; d'une part, elles guident et excitent les explorateurs dans la voie des découvertes ; d'autre part, elles servent de lien entre les faits dont la réunion en un faisceau est une des conditions de leur emploi utile. »

3. Cf. sur la question de méthode, J. Jitta, *la Méthode du droit international privé*, la Haye, 1890, Pillet, *Principes*, p. 90 ss.

Dans une première opinion ¹, il n'y a pas, à proprement parler, de droit international privé ; ou du moins, il n'existe que des solutions nationales des conflits s'élevant entre ressortissants des différents États. D'une part, le législateur peut imposer au juge, qui, par définition, lui doit obéissance, le point de vue qu'il lui plaît d'adopter à l'occasion de tel ou tel conflit de loi, alors même que la solution qu'il en donne serait manifestement contraire à la bonne harmonie des rapports internationaux, aux intérêts de ses concitoyens, à la justice ; l'injonction du législateur, sans doute, est susceptible d'appréciation, mais elle vaut jusqu'à l'heure de l'abrogation de la loi ; c'est un principe incontesté que l'État est souverain ; or, cette souveraineté s'entend notamment en ce sens que l'État ne doit compte à personne des procédés qu'il entend employer pour assurer la régularité des rapports juridiques qui viennent à s'établir entre nationaux, entre étrangers, ou entre nationaux et étrangers. S'il admet dans sa législation, et rend obligatoire pour le juge, une règle que la doctrine et la jurisprudence s'accordent à considérer comme la plus propre à résoudre utilement et justement le conflit, l'autorité de sa décision procède moins de sa valeur intrinsèque que de la circonstance qu'elle a été rendue obligatoire par une puissance souveraine. L'État peut, à vrai dire, limiter l'étendue de sa souveraineté par une renonciation résultant d'un traité, par exemple ; mais de telles renonciations sont de droit strict et, en aucun cas, ne sauraient se présumer. Le code civil italien dans son article 6 décide que « l'État et la capacité des personnes, et les rapports de famille, sont régis par les lois de la nation à laquelle les personnes appartiennent ». On peut discuter l'opportunité, la légitimité d'une telle disposition ; mais le juge est lié ; toute discussion doit pratiquement s'arrêter devant l'injonction du législateur. Par suite, le juriste qui, à un moment de l'évolution juridique des conceptions touchant la solution des conflits de lois, voudrait rechercher un moyen théorique d'harmoniser les tendances qui s'affirment dans

1. Cf. Pillet, *Principes*, p. 94, et les notes. Cette façon d'envisager le droit international privé est particulièrement celle de la jurisprudence anglo-américaine ; on en trouve un exposé systématique dans l'ouvrage de Dicey, *Conflict of laws*, INTRODUCTION, et dans un article de Fr. Harrison, *le Droit international privé, ou le conflit des lois au point de vue historique, particulièrement en Angleterre*, Clunet, 1880, p. 417 ss., 533 ss.

les différentes législations doit s'attacher d'abord à les connaître. Théoriquement c'est nécessaire, puisque les législations sont séparées par des cloisons étanches ; et pratiquement c'est de bonne politique, car la connaissance exacte des législations particulières permettra de prévoir avec quelque certitude l'étendue des concessions que, le cas échéant, des États peuvent consentir.

Que certaines jurisprudences, à l'exemple de celles de l'Angleterre et des États-Unis ou de celle des pays allemands soumis au *Gemeine Recht*, avant la codification, considèrent les précédents jurisprudentiels ou certaines règles générales, alors même qu'elles ne revêtiraient pas les caractères spécifiques de la coutume, comme obligatoires, ou que la jurisprudence ne tire ses raisons de se décider que de motifs purement rationnels, les solutions proposées sont, elles aussi, des faits qu'il importe d'apprécier d'abord sous le point de vue de l'État qui les a vus naître. Sans que le législateur ait décidé de façon formelle de la solution de tel conflit de lois, il a pu, dans une hypothèse analogue, se prononcer dans un sens tel que le juge, lié peut-être par une règle d'interprétation formulée par le législateur lui-même, se considère obligé d'y chercher la base de sa décision, et le point de vue du juge ne sera réputé inexact que si l'on constate qu'il existe dans le raisonnement employé une erreur logique et que ce juge a été, eu égard aux institutions juridiques de son pays, mauvais juge. Mais s'il n'a pas commis d'erreurs matérielles dans l'appréciation des faits soumis à son examen, si, conformément à des règles d'interprétation imposées par le législateur ou reconnues par la jurisprudence et la doctrine, il décide d'un conflit de lois conformément à son droit national, on ne saurait méconnaître sa décision sous prétexte qu'elle ne peut constituer une règle véritablement internationale de conflit. Ainsi dans cette conception, suivant la forte expression de M. Bartin, « les règles de conflit sont des règles nationales, dans chaque pays, au même titre que les institutions de droit interne dont elles circonscrivent le domaine. Elles leur restent liées comme l'ombre au corps, parce qu'elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international ¹. » De ce que les législations forment des compartiments étanches, il ne s'ensuit nullement que le juge ne puisse, en cas de

1. E. Bartin, préface des *Études de droit international privé*, p. 2.

nécessité, et pour suppléer à l'insuffisance des sources nationales du droit dont il est l'interprète, s'inspirer des législations étrangères et de notions purement rationnelles ; « mais il est certain que le droit ainsi obtenu et qui doit passer par la conscience juridique d'un État déterminé, et par le moule de son droit public, portera l'empreinte de l'individualité de cet État ¹. »

II

Une autre méthode, au contraire, prétend réaliser plus pleinement les fins du droit international ².

Négligeant les aspects particuliers que les conflits de lois peuvent revêtir dans les différents États, elle cherche à constituer un faisceau de règles juridiques qui doit se superposer aux législations particulières pour décider uniformément et souverainement de la solution des conflits internationaux. Aux définitions locales de règles internationales, elle substitue des principes « qui, sans appartenir particulièrement à aucune des législations positives, s'imposent également à toutes ³ ». Ou bien il faut renoncer à l'expression droit international, reconnaître qu'elle ne contient rien de réel, qu'elle a tout au plus la consistance d'un rêve, ou bien il faut travailler à rendre la solution des conflits de lois véritablement internationale, — et seule la méthode universelle répond à cette façon d'envisager le problème. Sans doute, il semble au premier abord difficile, en l'absence d'une autorité s'imposant aux différents États, de concevoir une législation douée comme telle de la sanction et s'imposant aux législateurs mêmes des États particuliers ; mais de même qu'en droit interne le législateur n'est pas la source de tout le droit, de même que les particuliers suppléent par des conventions, ayant force de loi, à une législation qui n'a pu prévoir par avance la réglementation de tous les rapports juridiques susceptibles de s'organiser, les législateurs, en l'absence d'une législation préexistante, peuvent avoir recours à des conventions internationales, pourvues, à défaut de sanction précise, de la force obligatoire.

1. J. Jitta, *op. cit.*, p. 100.

2. J. Jitta, *op. cit.*, p. 221 ; Pillet, *op. cit.*, p. 93.

3. Pillet, *Principes*, p. 93.

Rien n'empêche, du reste, qu'en l'absence de traités internationaux, ou, ce qui revient pratiquement au même, de législation uniforme¹ dans les différents États, il ne se forme petit à petit, par la voie doctrinale ou jurisprudentielle, une conviction commune qui ne tirera sa force que de la valeur rationnelle des éléments qui ont contribué à la former.

Nous voyons nettement à quoi tendent chacune de ces méthodes : l'une cherche à faire respecter la volonté du législateur national, l'esprit général de la législation ; l'autre s'inspire des intérêts du commerce international ; elle fait abstraction des conceptions particulières dans un but d'uniformité ou d'harmonie. Comment donc concilier ces deux points de vue sans toucher à la part incontestable de vérité que chacune d'elles contient ? Il nous paraît que les intérêts en présence ne peuvent être sauvegardés que par l'élaboration d'une solution générale du conflit de lois dans laquelle on aura eu le soin de réserver l'exception de l'ordre public. C'est le seul procédé logique d'acheminement vers une solution uniforme et précise de conflit.

III

Nous estimons que tout conflit de lois doit comporter une solution unique qu'il est possible de dégager de la nature de l'institution et en ayant égard aux circonstances dans lesquelles se forment les rapports juridiques dont on cherche à établir la réglementation. Un conflit de droit international étant donné, il doit exister, c'est le postulat de cette science, une solution qui correspond le mieux à la nature de l'institution dont les réglementations différentes sont en conflit dans l'espace². Les éléments de cette solution auront une double origine : les uns proviendront des

1. Sur la différence entre l'uniformité et l'harmonie, v. Jitta, *op. cit.*, p. 240.

2. C'est donc le système de la personnalité du droit, fondé sur l'idée de communauté juridique internationale, que nous prenons comme base de nos développements. On connaît la formule que M. Weiss donne de ce système : La loi lorsqu'elle statue sur un intérêt privé a toujours pour objet l'utilité de la personne ; elle ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite, mais ceux-là, elle doit, en principe, les régir en tous lieux et dans tous leurs rapports juridiques, sauf les exceptions ou atténuations résultant de l'ordre public international, de la règle *locus regit actum*, de l'autonomie de la volonté.

caractères de l'institution, tels que les révèlent les législations particulières ; les autres seront tirés des conditions dans lesquelles le conflit est appelé à se poser en droit international ; en un mot, il faut se garder de toucher, dans la solution que l'on donne au conflit, à la nature de l'institution et ne jamais perdre de vue que la circonstance qu'il s'agit d'un conflit de droit international peut avoir une influence déterminante sur le choix de la solution. Tel est le premier aspect de la solution générale du conflit. Mais voici la restriction qu'il nous paraît nécessaire d'apporter à cette formule : lorsque le législateur a édicté une disposition précise sur l'hypothèse que l'on envisagé, lorsqu'il estime, d'autre part, que la solution proposée est en contradiction avec un principe dont il lui paraît que le maintien est indispensable à la sauvegarde des intérêts de la société qu'il représente, il est en droit de rejeter pour le tout ou pour partie la règle de conflit, encore qu'elle soit généralement adoptée ou que la majorité des jurisconsultes la considère comme la solution la meilleure. S'il est exact, en effet, comme nous le verrons plus loin, que la conservation de sociétés différentes exige l'emploi de dispositions législatives différentes, il est évident que la solution générale du conflit ne vaut qu'autant qu'elle ne touche pas aux intérêts substantiels de l'État où elle est appelée à s'appliquer ; de telle sorte qu'une bonne solution du conflit de lois doit admettre expressément ou implicitement l'exception de l'ordre public ; mais par là même cette solution, tout en ayant un caractère général, contient en puissance des solutions particulières, et qui souvent seront divergentes.

Cette exception de l'ordre public ne risque-t-elle pas de nous ramener à la méthode individuelle et de rendre ainsi très problématique l'avènement de solutions internationales qui ne soient pas susceptibles de subir des déformations plus ou moins considérables au contact des législations particulières ? Nous pourrions nous borner, pour écarter l'objection, à répondre qu'il suffit de considérer que le rêve d'une législation uniforme ne doit pas faire oublier les intérêts vitaux d'une société, qu'il peut être dangereux de chercher à concilier en toutes hypothèses les tendances divergentes des législations. Mais nous pouvons faire remarquer aussi qu'une solution générale du conflit atténuée, en ce qu'elle peut avoir de dangereux pour un État déterminé, par l'exception de l'ordre public, constitue un progrès notable sur celle à laquelle

on peut aboutir en employant la méthode « individuelle », et qu'elle constitue, au surplus, le procédé le plus sûr pour apprécier dans quelle mesure les États souverains pourront, par des concessions réciproques, s'entendre sur la formule d'une loi uniforme.

Alors, en effet, que la méthode « individuelle » considère à tort que le droit international doit sortir mécaniquement, pour ainsi dire, d'une législation interne particulière et qu'en théorie au moins ¹, elle ne prête pas attention à la nature spéciale des conflits de droit international, celle à laquelle nous nous référons donne au caractère international du rapport juridique envisagé une place prépondérante et n'abandonne la solution du conflit à la *lex fori* que dans la mesure où il y aurait incompatibilité entre cette dernière et la règle internationale du conflit, de telle sorte qu'elle laisse à cette règle internationale le maximum d'efficacité possible. Par conséquent, la règle internationale, dans cette conception, ne donne pas, en toutes hypothèses, une solution précise du conflit, puisque le tribunal saisi sera appelé à se prononcer sur le contenu de la notion d'ordre public ; mais son application aux différentes législations peut favoriser la naissance de cette conviction juridique commune que les auteurs estiment être la première condition d'un code véritablement international. L'application de ces principes, en effet, aura pour conséquence nécessaire d'attirer l'attention du juge ou du législateur locaux sur le but poursuivi par l'institution envisagée. Pour une institution que les diverses législations ont consacrée avec des caractères à peu près équivalents, les jurisconsultes seront conduits à des rapprochements où les différences qui séparent les conceptions particulières finiront par s'estomper, surtout lorsque ces conceptions sont moins le résultat d'un raisonnement logique que le produit d'une croyance ; car les juristes seront amenés à rechercher si, étant donnée une institution d'ordre public, les intérêts qu'elle a pour but de sauvegarder ne le seraient pas dans d'aussi bonnes conditions avec une réglementation un peu différente, et il n'est pas douteux qu'en maintes circonstances la question ainsi précisée sera susceptible d'une solution conforme au but suprême du droit international privé.

1. Voir ci-dessous ce qui est dit à propos de la distinction des déchéances et des prescriptions dans le droit anglo-américain.

En résumé, il convient de bien s'entendre sur la portée des expressions : méthode individuelle, méthode universelle. La méthode du droit international privé doit être universelle, en ce sens qu'elle doit permettre d'aboutir à une solution précise et directe du conflit de lois. Mais en l'état actuel des choses, il faut tenir compte des restrictions que la *lex fori*, pour des raisons d'ordre public, peut apporter à l'emploi exclusif de la loi normalement compétente, à raison de la nature de l'institution et des conditions dans lesquelles le conflit qui y est relatif s'élève ; en droit international, le rôle de la méthode individuelle doit se confiner dans l'analyse des institutions juridiques sous l'angle des législations particulières et dans la détermination du caractère d'ordre public des dispositions légales de droit interne.

Elle contribue aussi à la formation de la solution générale de conflit et facilite ses applications particulières. Dans cette conception, la solution de conflit que l'on peut rencontrer dans une législation n'est pas nécessairement une règle de droit international ; mais elle permet de préciser le caractère des institutions, en fonction de la notion d'ordre public.

De tout cela il résulte que lorsqu'un conflit de droit international se pose devant une juridiction, le juge doit d'abord rechercher s'il existe dans sa législation une disposition statuant sur le conflit ou des indications suffisantes pour qu'il soit possible de dégager la pensée du législateur ; lorsque le résultat de ces recherches est négatif, il doit examiner à la lumière du droit comparé l'ensemble de l'institution, rechercher la solution qui s'adapte le mieux à la nature de cette institution et aux conditions dans lesquelles le conflit se pose en droit international. Puis il aura égard à la difficulté créée par le caractère d'ordre public des dispositions de droit interne.

Suivant cette méthode, nous rechercherons d'abord, en nous plaçant plus spécialement aux points de vue français et allemand, si des dispositions de droit interne statuent directement ou indirectement sur notre problème ; nous examinerons ensuite les différents systèmes proposés au xix^e siècle pour suppléer à l'insuffisance des dispositions législatives et résoudre notre conflit de lois en matière de prescription libératoire. Nous essaierons d'en faire la critique à la lumière des indications que nous venons de donner.

CHAPITRE IV

LA LOI ÉCRITE ET LE CONFLIT.

La détermination de l'influence que la codification de 1804 doit avoir, en droit international privé, sur les décisions judiciaires n'est pas une question nouvelle ; les auteurs ont apporté à l'étude de ce problème préliminaire un soin particulier, et la solution qu'il est permis d'en donner ne saurait être aujourd'hui douteuse ; nous croyons cependant utile d'en rappeler brièvement les termes.

D'une part, ce sera pour les civilistes qui n'ont pas encore adhéré nettement aux conclusions des jurisconsultes spécialistes du droit international une raison nouvelle d'abandonner les points de vue traditionnels.

D'autre part, quand on est appelé à se prononcer sur un problème qui a donné lieu, tant en doctrine qu'en jurisprudence, à une douzaine de solutions dont la plupart se flattent d'être inconciliables avec les autres, on ne saurait prendre trop de précautions pour éviter soigneusement tout ce qui peut sembler prévention. Un spirituel professeur a dit que le seuil du droit international privé était encombré par une quantité de matériaux qu'y ont laissés des constructeurs négligents ou trop pressés de parvenir au faite de l'édifice. Aucune comparaison n'est plus exacte ; mais cette conception des difficultés de droit international nous fait un devoir de soumettre à une critique aussi rigoureuse que possible les points de vue même dont la vraisemblance est indiscutable ; les études antérieures nous permettront seulement d'abréger nos développements.

Recherchons donc si le législateur s'est expliqué sur la matière qui nous intéresse.

Alors que l'article 704 du Code de procédure civile russe décide que lorsque la loi du contrat contient des délais de prescription d'une durée plus longue que ceux admis par la législation russe

dans des circonstances semblables, ces délais néanmoins devront être respectés par le juge russe, le Code civil français et le *Bürgerliches Gesetzbuch* ne se sont pas expliqués sur la question. Bien mieux, si nous nous reportons aux travaux préparatoires, nous constatons que c'est en pleine connaissance de cause que les législateurs français et allemands n'ont pas statué sur le conflit de lois relatif aux obligations. Le 23 frimaire an X, parlant, au nom du Tribunat, devant le Corps législatif, Andrieux demande le rejet de plusieurs dispositions dont une consacre d'une façon générale la règle *locus regit actum*, et le motif qu'il allègue est le suivant : « Ce sont des règles générales de jurisprudence qui appartiennent à la science et non à la législation, règles qu'il est très dangereux de vouloir convertir en articles de lois, parce qu'elles sont sujettes à de fréquentes exceptions, parce qu'elles deviendraient fertiles en applications fausses, en conséquences funestes. » Portalis répondit avec raison qu'il ne voyait pas pourquoi les maximes de jurisprudence ne pourraient plus devenir l'objet d'une loi, qu'il était du devoir de la législation de choisir dans la science tout ce qui pouvait intéresser plus directement la société ; mais Andrieux triompha, et l'on réduisit à l'article 3 et aux dispositions des articles 47, 170 et 999, applications particulières de la règle *locus regit actum*, la place du droit international dans le Code civil. En Allemagne, Gebhart, le rédacteur de la partie générale du B. G. B., présenta à la première commission deux projets, l'un en 1881, l'autre en 1887, qui réglementaient notamment le droit des obligations en droit international ; la deuxième commission en fit un deuxième livre du Code ; mais le Bundesrath, pour des motifs politiques, semble-t-il, ne laissa subsister qu'une partie du projet : les articles relatifs aux obligations et aux contrats furent supprimés¹.

Il semblerait donc, d'après ce qui précède, que nous allons avoir à nous demander immédiatement comment il convient de suppléer à la lacune de la législation. Il y aurait cependant quelque imprudence à suivre dès maintenant cette voie, car au moins

1. *Revue de droit international privé*, 1935. p. 475.

Sur toutes ces questions, Lainé, *la Rédaction du Code civil et le Droit international privé*, 1905, p. 21 et s., 443 et s. ; Weiss. III, p. 136 et s. V. aussi une dissertation insérée dans le *Livre du Centenaire du Code civil* de ce dernier auteur.

en ce qui concerne la France, une fraction importante de la doctrine soutient que si le législateur n'a pas formulé en un certain nombre d'articles les solutions qu'il entendait appliquer au conflit de lois, il a entendu adopter les théories doctrinales qui réglaient le conflit des coutumes dans l'ancien droit français. Le législateur n'est pas tenu de formuler matériellement dans le Code les dispositions qu'il entend rendre désormais impératives ; il peut procéder par renvoi général à un système déterminé. Il aurait pu en théorie se contenter, dans la réglementation d'un régime matrimonial, par exemple, de renvoyer aux dispositions qui le gouvernaient dans telle ou telle coutume ; en fait, certaines institutions dont l'importance est capitale dans la législation civile ont été l'objet d'un renvoi de cette nature ; l'action paulienne est seulement indiquée dans l'article 1167 qui apparaît comme donnant référence au droit romain ou aux lois civiles de Domat ; il n'est donc pas étonnant que le législateur ait entendu adopter les solutions généralement admises au XVIII^e siècle en matière de conflits de lois. En un mot, le texte de la loi, pour des jurisconsultes comme Laurent, Huc, Aubry et Rau, doit fournir, en principe, toute la substance des décisions judiciaires ; mais si le législateur, sur un point qu'il n'a pas réglé dans le texte légal, a pris le soin, en indiquant les raisons qui l'ont conduit à s'abstenir de renvoyer, c'est l'hypothèse la plus naturelle, à un état de droit antérieur, — nous employons sciemment une expression très vague qui puisse englober non seulement une législation écrite, mais encore une jurisprudence, une tradition ou des autorités, — cet état de droit antérieur s'incorpore en quelque sorte à la législation écrite. En principe, le droit antérieur n'existe plus, puisque la codification a précisément pour but de faire table rase d'éléments de conviction juridique qui ne seraient, à raison de leur imprécision ou de leur ancienneté, que d'un très faible secours. Mais si le législateur consent à laisser vivre une partie du droit ancien dans une sphère déterminée, cette portion échappée à la codification doit être considérée comme une source suffisante du droit positif. C'est en ce sens, dit-on, que le législateur s'est prononcé. Portalis¹, dans l'exposé des motifs du titre préliminaire, n'a-t-il pas dit : « On a toujours distingué les lois qui sont

1. Locré, t. I, p. 304.

relatives à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles qui règlent la disposition des biens. Les premières sont appelées personnelles, les secondes réelles. » L'article 3, selon Faure ¹, orateur du Tribunat, contient les principales bases d'une matière connue dans le droit sous le titre de statut personnel ou de statut réel. Il détermine d'une façon précise et formelle quelles sont les personnes et quels sont les biens que régit la loi française. De là suit qu'il importe peu que d'autres passages des travaux préparatoires indiquent nettement que le législateur n'a pas voulu statuer directement sur le conflit de lois ; il suffit de constater qu'il n'a rien voulu changer aux doctrines traditionnelles et qu'en adoptant dans l'article 3 deux des principales solutions de la théorie des statuts il a suffisamment indiqué au juge la direction de leur interprétation. Il en résulte, d'après Laurent ², « que les auteurs du Code ont entendu formuler des principes qui avaient toujours été suivis dans l'ancien droit ». L'article 3 sans doute ne contient pas l'expression technique de statut ; mais la chose y est, sinon le mot, et Laurent argumente de l'analogie entre la réglementation de la théorie des statuts et celle de l'action paulienne.

Tel est aussi le point de vue de MM. Aubry et Rau. « Le Code, disent-ils, ne contient pas sur cette matière un ensemble de législation. Pour combler les lacunes qu'il présente, il faut recourir aux doctrines d'anciens auteurs et à la pratique judiciaire ³. »

1. Loaré, t. I, p. 317. Voir aussi Loaré, *Leg. I*, p. 600, n° 9, le rapport de Grenier au Tribunat. Cf. obs. du Tribunat, Loaré, *Leg. I*, p. 563, n° 9.

2. F. Laurent, *Droit civil international*, 1880, II, § 40, pp. 68 et 69. Dans le même sens, *Principes de droit civil*, I, nos 81 et 82.

3. Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 5^e éd., t. I, 31, pp. 130-131. La note 4, p. 131, renvoie au *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts* de L. Froland, au *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes et statuts* de Boullenois, et aux *Commentaires sur les coutumes du duché de Bourgogne* du président Bouhier. Ce point de vue ne paraît être qu'une application du principe posé par les mêmes auteurs à propos de l'interprétation du Code civil en particulier : « Toutes les dispositions tirées soit de l'ancien droit, soit du droit intermédiaire, doivent être expliquées d'après les sources où elles ont été puisées. Dans le doute sur l'intention du législateur, il est à présumer qu'il a voulu rester fidèle à la tradition. Néanmoins, il faut se garder de recourir à d'anciens principes qui ne se trouveraient ni explicitement ni implicitement rappelés dans le Code civil, et ne pas perdre de vue l'influence que les innovations introduites par ce Code peuvent avoir exercée, même sur des dispositions qu'il n'a pas expressément modifiées. » (5^e éd., t. I, § 41-1^o, p. 197.) La doctrine d'Aubry et Rau n'a du reste pas varié au cours du xix^e siècle. (Cf. 3^e éd., I, § 31, p. 71.)

M. de Vareilles-Sommières est encore plus affirmatif : « Le Code civil adopte la théorie des statuts ; il n'est pas possible de le contester sérieusement ¹. » Mais cette opinion, qui n'est pas restée propre aux auteurs que nous venons de citer, n'est pas susceptible d'une démonstration probante ; le serait-elle, par impossible, que nous n'en serions pas plus avancés.

Supposons, en effet, que le législateur ait renvoyé d'une façon générale à la théorie des statuts, le problème de la détermination de la loi qui doit régir le statut de prescription libératoire vient à se poser.

Nous recherchons dans les auteurs et dans la jurisprudence antérieurs au Code la solution de la question. Qu'y trouvons-nous ? A la fin du XVIII^e siècle, nous le savons maintenant, plusieurs doctrines sont soutenues. Les uns tiennent pour le domicile primitif du débiteur, les autres pour son domicile actuel ; certains se rallient à la loi du contrat. Quelle est, dans ces conditions, la solution positive donnée par la théorie des statuts ? Il faut bien avouer que, lorsque l'on considère un point précis de cette doctrine, on ne découvre que des éléments de solution ; d'une part, en effet, il n'existe pas une théorie des statuts, mais plusieurs théories des statuts ; d'autre part, les mêmes auteurs, généralement inspirés par une même doctrine, ont soutenu assez souvent dans leurs différents ouvrages des doctrines absolument opposées ; ce que nous avons dit de la méthode qu'ils ont employée et qui, de leur aveu même, ne les a conduits à aucun résultat certain, nous prouve qu'en réduisant la théorie des statuts aux dissertations d'un seul auteur ou même au dernier avis du dernier auteur, nous ne serions nullement assurés de pouvoir nous former une conviction ². A plus forte raison, cette constatation sera-

1. Vareilles-Sommières, *la Synthèse du droit international privé*, I, 186.

2. Un exemple typique : l'influence des changements de domicile sur la capacité. (Lainé, *Introd.*, p. 202 ss.) La doctrine italienne avec Balde, la doctrine française avec d'Argentré, sans compter les continuateurs de ce dernier à l'étranger : Burgundus, Rodenburgh, Hertius, décident que la capacité des personnes étant en relation étroite avec le domicile change quand celui-ci se déplace. Mais au XVIII^e siècle Froland, dans ses *Mémoires sur le sénatus-consulte Velléien*, propose de régler la majorité des personnes d'après la loi en vigueur au lieu de leur naissance. Boullenois, qui ne connaît d'abord que l'affirmation du principe nouveau, le rejette, ne comprenant pas pourquoi Froland distingue entre le statut de majorité et les autres statuts de capacité. Mais Froland motive son opinion et Boullenois y adhère, comme Bouhier

t-elle exacte si l'on considère avec Laurent et M. de Vareilles-Sommières que la théorie des statuts forme un tout et que Bartole a autant d'autorité dans la solution des conflits de lois que Boullenois ou Jean Voet.

On a pu soutenir, avec une apparence de raison, avant les dissertations que M. Despagnet et surtout M. le professeur Weiss ont consacrées à la question, qu'en ce qui concerne les immeubles le législateur avait voulu consacrer la doctrine traditionnelle qui admettait généralement que les biens de cette nature sont régis par la loi du lieu où ils sont situés ; mais sur notre problème, il est manifeste que la théorie des statuts envisagée comme source directe du droit positif ne saurait nous indiquer que des tendances : le problème reste entier. A plus forte raison, si l'on considère, à la lumière des travaux préparatoires dont nous avons donné quelques fragments caractéristiques, que le législateur de 1804, n'ayant aucune opinion déterminée sur la matière des statuts, parce que, au surplus, il lui était impossible, en l'état de la doctrine de la jurisprudence, de s'en faire une, a considéré qu'il était suffisant de poser le principe de la territorialité des lois d'ordre public, de l'extraterritorialité, pour les tribunaux français, des lois de capacité, et de s'en remettre pour le reste aux bons soins de la jurisprudence. Il n'est du reste pas étonnant que les législateurs de 1804 aient agi de cette façon, puisque la loi d'introduction au Code civil allemand, malgré son importance considérable, a suivi la même méthode, et laissé à des constructions nouvelles le soin de remédier aux mêmes lacunes. De tout ceci il résulte que, même en supposant exact le point de départ, la « réception » de la théorie des statuts par les rédacteurs du Code, un juge quelque peu expérimenté et se piquant de précision n'y saurait voir qu'un expédient législatif sans aucune utilité

d'ailleurs ; toutefois ce dernier se sépare complètement de Froland et de Boullenois sur les conséquences du principe. Enfin, dans son troisième ouvrage sur les statuts, Boullenois change une troisième fois d'opinion en critiquant la distinction de Froland que lui-même a adoptée. Dès lors, il y aurait quelque difficulté à décider de la question à l'heure actuelle, d'après la théorie des statuts. Sans doute, au XVIII^e siècle, certaines questions, comme la nature du statut des immeubles en matière successorale (Lainé, II, 297) et la détermination du sort des créances, dans le même cas (II, 239), n'étaient pas douteuses. Mais ce sont là des exceptions, et l'on sait que Bouhier en vint même à se demander si la distinction des statuts en deux classes correspond à quelque chose de réel. (V. ci-dessus, ch. II, § XII.)

pour guider son jugement. L'argument d'analogie de l'article 1167, le meilleur sans doute que l'on ait donné en faveur d'une prétendue persistance de la doctrine des statuts dans le Code civil, est purement verbal. Car la théorie de l'action paulienne ne soulevait dans l'ancien droit que des difficultés d'application, tandis que la théorie des statuts, les rédacteurs du Code ne l'ignoraient pas, constituait bien le chaos le plus inextricable auquel ait pu donner lieu la science du droit, soit qu'on l'envisage dans ses principes, soit qu'on ait l'indiscrétion de descendre aux applications particulières.

Aussi bien, les auteurs mêmes qui ont soutenu que la théorie des statuts avait été adoptée par le Code civil ont donné un bel exemple de l'infidélité des esprits systématiques aux principes qu'ils ont posés. Ou bien ils considèrent, se trompant grossièrement sur un point de droit historique, que la doctrine qu'ils soutenaient était la solution donnée par la théorie des statuts, ou bien ils abandonnèrent délibérément le principe qui aurait dû dominer toutes les parties de leur dissertation pour s'inspirer seulement de considérations d'utilité, de convenance, ou de ce que l'on a appelé d'un mot vague : « les principes généraux de la législation ».

Bien que l'on connût mal, jusqu'aux travaux de Lainé, l'histoire du développement des premières théories du droit international, ou n'ignorait pas les difficultés que le conflit des lois avait soulevées dans l'ancien droit. Mais les auteurs — ce fut le premier moyen qu'ils employèrent pour échapper à la rigueur de leurs principes — ramenèrent à l'unité, en maintes occasions, des théories en réalité divergentes dans la doctrine statutaire. C'est ainsi que l'on soutint, à plusieurs reprises, que la théorie des statuts s'était prononcée en matière de prescription libératoire pour la loi du domicile du débiteur. En second lieu, un procédé plus simple et plus fréquemment employé par les auteurs fut de considérer que la théorie des statuts n'avait pas, à proprement parler, de valeur législative, mais qu'elle se recommandait par l'abondance des matériaux qu'elle pouvait fournir à l'interprète et par la pénétration des esprits qui en avaient abordé l'étude. Ainsi la théorie des statuts, contrairement au principe que l'on jugeait indiscutable, était dépouillée de l'autorité que lui avait conférée le législateur en y renvoyant tacitement le juge ; elle apparaissait néanmoins comme ayant la plus grande utilité pour

ceux qui désiraient se former une conviction sur le problème dont le siècle précédent avait laissé la solution incertaine. Alors qu'ils proclamaient très haut qu'ils étaient enchaînés par le Code aux théories anciennes, ils n'invoquaient plus que certaines d'entre elles, — comme on invoquait la *lex Si fundus* aux temps des postglossateurs, — pour bien prouver qu'ils n'entendaient pas se séparer entièrement de la tradition par une rupture susceptible de tout remettre en question, l'art. 3 lui-même. Parfois, cependant, ils ne devaient rattacher la solution qu'ils proposaient à aucun des précédents historiques. Laurent, en matière de prescription libératoire, se détermine pour la loi du contrat par des raisons absolument étrangères aux motifs que les statutaires partisans de cette solution invoquaient à son appui.

Quoi qu'il en soit, arrivé à ce point de notre développement, un résultat est acquis, c'est qu'en matière de prescription libératoire, non seulement il est impossible de tirer une doctrine unique de la théorie des statuts, mais encore il ne serait pas permis de considérer, si cette doctrine unique existait, que le législateur a entendu y renvoyer ¹.

Bien entendu, il ne faut pas conclure que l'étude de la théorie des statuts sur le point précis qui nous occupe est dépourvue d'utilité. La suite de ce développement verra le xix^e siècle aux prises avec les mêmes difficultés que celles dont les statutaires avaient recherché la solution. Les rapprochements ne peuvent manquer d'être intéressants ; tout ce qu'on a pu dire de la nécessité des études historiques dans les matières juridiques s'applique

1. Cela est si vrai que les premiers auteurs qui ont cru devoir donner comme source exclusive à la solution des conflits de lois en droit français la théorie des statuts recommandaient en dernière analyse comme criterium de certitude de compter le nombre des auteurs exprimant telle ou telle opinion et de se décider d'après la majorité. « Ces règles de droit international privé, dit Fœlix, ne se trouvent pas constatées, du moins en général, par le texte d'un code ; nous expliquerons qu'elles ont été établies par l'usage des nations et sur leur consentement tacite ; il faut les rechercher dans les ouvrages des auteurs qui ont traité la matière et dans les recueils des décisions des tribunaux des divers pays. De là la nécessité d'offrir un grand nombre de citations à l'appui de chacune des règles que nous indiquerons. En effet, plus une assertion réunit de suffrages, plus elle peut être regardée comme adoptée par l'usage des nations et par leur consentement tacite. » (Fœlix et Demangeat, *Traité du droit international privé*, 4^e éd., 1866, I, § 8, p. 18, et la préface de Fœlix.)

à notre étude. Mais ce qu'il y a lieu de retenir, comme étant au-dessus de toute discussion, c'est que le Code n'a statué ni directement ni indirectement sur le conflit et que, par suite, l'interprète a toute liberté d'en rechercher la solution dans les limites que nous avons indiquées en puisant aux sources qu'il lui plaît d'utiliser. Les auteurs et la jurisprudence du xix^e siècle eurent probablement conscience, après quelques hésitations, de l'exactitude de ce point de vue, car ils traitèrent généralement le problème de la prescription comme l'avaient fait les auteurs antérieurs, sans chercher à rattacher leur solution à une autre base que celle des principes rationnels. Ce sont ces tentatives qu'il convient maintenant d'examiner en doctrine et en jurisprudence : on peut les rattacher à quatre systèmes principaux ; l'un résout le conflit par l'application de la loi du lieu du paiement, l'autre par la loi du domicile du débiteur, un troisième par la loi du tribunal saisi, un quatrième enfin par la loi du contrat.

CHAPITRE V

LE SYSTÈME DE LA « LEX LOCI SOLUTIONIS ».

Le premier auteur du XIX^e siècle qui ait admis que la prescription devait être réglée par la loi du lieu où les parties ont convenu d'exécuter l'obligation est Troplong¹. Sa conception n'est que la généralisation de l'une des formules de Bartole. « La prescription afin de se libérer, dit-il, est, en quelque sorte, la peine de la négligence du créancier ; or, dans quel lieu le créancier se rend-il coupable de cette faute ? C'est évidemment dans le lieu où il doit recevoir son paiement ; donc la prescription qu'il doit subir se règle par la loi de ce même lieu. » A cela se borne son raisonnement, qu'il appuie, du reste, sur l'arrêt rendu en 1539 par le sénat de Chambéry².

Massé rejette le système de la loi du domicile du créancier³ ; il estime que la loi du domicile du débiteur est inapplicable, à raison de l'instabilité du droit qui en résulterait. L'emploi de la *lex contractus* n'a pas cet inconvénient, puisque cette loi ne saurait varier, dès qu'elle est déterminée. Néanmoins, Massé ne s'y arrête pas, car la prescription, d'après lui, ne se rapporte qu'à l'exécution contre laquelle elle est une exception. Elle se déterminera donc d'après la *lex loci solutionis*, ou, quand aucun lieu n'aura été spécialement désigné pour le paiement, par la loi du domicile du débiteur. C'est exactement la solution que les glossateurs donnaient à notre problème⁴.

1. Troplong, de la Prescription, éd. 1835, I, § 38, p. 47 ss. Sur le système de la *lex loci solutionis*, V. A. Mercier, *op. cit.*, p. 61 ss.

2. V. ci-dessus, ch. II, § v.

3. Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens, I, § 558 ss.

4. Massé donne une application de son principe à la prescription de l'obligation du tiré, en matière de lettres de change, et des actions récursoires qui peuvent être intentées contre les endosseurs, codébiteurs et cautions solidaires. (V. ci-dessous, chap. VIII, *in fine*.)

Lehr, le dernier en date des auteurs qui se sont rangés à l'opinion de Troplong et de Massé, s'y rallie pour des motifs légèrement différents ¹. La prescription, à son avis, est essentiellement une présomption de paiement ; elle doit donc être régie par la même loi que le paiement qu'elle présuppose et dont éventuellement elle tient lieu. « Le débiteur obligé de se libérer suivant certaines règles est obligé de se conformer à ces règles, qu'il paye réellement, ou qu'il s'acquitte par l'un des moyens subsidiaires que la loi met à sa disposition, en guise de paiement effectif. » La compensation ne peut constituer un mode de libération qu'autant que les éléments d'une compensation régulière se rencontrent effectivement dans l'espèce, d'après la législation du lieu fixé pour le paiement. « De même le débiteur ne sera réputé libéré par la prescription, ou réputé avoir payé, ce qui revient au même, que s'il s'est écoulé le temps nécessaire, d'après la loi du lieu du paiement ; jusqu'à l'expiration de ce délai, le débiteur n'est pas réputé avoir payé et ne saurait, en conséquence, se prévaloir de la prescription, qui est essentiellement fondée sur une présomption de paiement. » Dans le cas où il n'a pas été fixé de lieu pour le paiement, c'est, comme l'a indiqué Massé, la loi du domicile du débiteur qui régira la prescription ².

Quelques arrêts se sont prononcés en faveur de la *lex loci solutionis* ; mais ils sont faiblement motivés quand leurs attendus ne se contentent pas de l'affirmation pure et simple du principe qu'ils estiment être généralement reconnu. « Attendu, dit l'un, que,

1. E. Lehr, *de la Prescription extinctive en droit international privé*, France judiciaire, 1881-82, I^{re} partie, pp. 106-108. Le même article a été publié dans la *Revue de droit international et de législation comparés*, 1881, pp. 516-519.

2. Dans le même sens : Pardessus, *Droit commercial*, 4^e éd., Paris, 1831, t. V, n^o 149 ; — L. Nougier, *Des Lettres de change et des effets de commerce*, II, 1875, § 1433, p. 198, se borne à une affirmation ; — Goujet et Merger, *Dictionnaire de droit commercial*, V, § 880 ; — E. Haus, *Du Droit privé qui régit les étrangers en Belgique*, 1874, p. 293 ; — Lippens, *Législation civile sur le droit des étrangers*, n^o 148 (ouvrage belge) ; — Paul von Roth, *System des deutschen Privatrechts*, I, p. 297 (Tübingen, 1880), remarque, note 133, que d'après le code civil bavarois et la législation autrichienne la *lex contractus* est subsidiaire de la *lex loci solutionis* ; — C. Barazetti, *Das internationale Privatrecht im Entwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuchs*, Zeitschrift, 1902, p. 300 ; — L. Goldschmidt, *System des Handelsrechts*, 4^e éd., 1892, Stuttgart, § 173, p. 267-3^e, mentionne, sans donner d'explication, les solutions données par la jurisprudence allemande ; il en est de même de Ch. Demangeat, *Traité de droit commercial*, III², 1888, p. 545, note 1, *in fine*, pour la jurisprudence française.

d'après la doctrine la plus accréditée, la prescription extinctive d'une obligation personnelle dépend de la loi du lieu de l'exécution du contrat ». D'autre part, il est souvent absolument impossible de savoir si le juge ne s'est pas prononcé pour la *lex loci solutionis* parce qu'elle était en même temps la *lex contractus* ou la *lex fori*¹.

1.

FRANCE.

I. — Cour d'appel de Paris, 29 mars 1836, S. 36.2.457, *Journal du Palais*, 1835-1836, 3^e éd., p. 1208 (*Aubrey c. Debase*). Une lettre de change de £. 75.000, payable à six semaines de date à Londres, avait été tirée, le 27 février 1829, par un sieur Nichols, sur un sieur Aubrey, son compatriote, qui l'avait acceptée. Cette lettre ne fut pas payée à son échéance. Aubrey passa en France, où il se croyait à l'abri de toute poursuite ; mais l'effet avait été passé le 3 février 1835, par le sieur Nichols au sieur Debase, de Paris, protesté le 14 avril suivant par un notaire de Londres et signifié quelque temps après à Aubrey, avec assignation devant le tribunal de commerce de Paris. La Cour, « considérant qu'il s'agit d'une lettre de change souscrite en Angleterre et payable en Angleterre et que l'exécution du titre doit être réglée par les lois anglaises », décide que la prescription doit être réglée par la loi anglaise, qui admet un délai de six ans, que le délai est écoulé, mais que la prescription avait été interrompue par l'absence du débiteur. Ici, par conséquent, la *lex contractus* et la *lex loci solutionis* se confondent ; on voit ainsi, dès le premier arrêt que nous citons, la difficulté de se rendre compte exactement de la solution adoptée par les juges.

II. — Jugement du tribunal de commerce de la Seine du 3 août 1838, confirmé par la Cour le 7 février 1839, *Journal du Palais*, 1839, I, 298 (*Béré c. Bertrand*). Un sieur Béré accepte à Londres une traite tirée par un Anglais, et payable en cette ville. Huit ans après seulement, Béré est actionné par Bertrand, tiers porteur, devant le tribunal de commerce de la Seine. Béré oppose l'art. 189 C. com. Sa demande est rejetée, la lettre de change étant soumise à la loi anglaise, tant en ce qui concerne la durée du délai que les causes d'interruption. Même observation que pour l'arrêt précédent, en ce qui concerne la difficulté de savoir pourquoi la Cour a déclaré la loi anglaise applicable. L'arrêtiste, d'ailleurs, renvoie à Troplong. (La loi anglaise invoquée est le 21^e st de Jacques I^{er}, ch. xvi, d'où il résulte que toute action personnelle ou pour dette sur contrat simple se prescrit par six ans, à partir du jour où elle a pris naissance, et que cette prescription, applicable aux effets de commerce, est suspendue en plusieurs circonstances et notamment lorsque le débiteur s'absente au delà de la mer. (Cf. Lehr et J. Dumas, *Eléments de droit civil anglais*, II, § 824.)

III. — Tribunal de commerce de Marseille, 20 décembre 1865, *Journal de Jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*, 1866, p. 36 ; jugement confirmé par la Cour d'Aix, le 24 juin 1866, Clunet, 1867, 116 (*Schwäffer c. Albrecht*). Le créancier était un Allemand établi pour son commerce à Londres ; le débiteur principal, un armateur français, domicilié en France ; des recours en garantie étaient exercés contre d'autres négociants français ; l'obligation principale avait été contractée à Gênes ; l'obligation de garantie avait pris naissance en France et le lieu d'exécution du contrat était en Angleterre. « Attendu, dit le tribunal de

Actuellement cette doctrine est combattue par la presque unanimité des jurisconsultes. La théorie de Troplong repose essen-

Marseille, que, d'après la doctrine la plus accréditée, la prescription extinctive d'une action personnelle dépend de la loi du lieu de l'exécution du contrat ». L'arrêt confirmatif fut cassé. (V. ci-dessous, chapitre VI.)

IV. — Cour d'appel de Bordeaux, 26 décembre 1876, S. 77.2.108 (*Bajon de Pino c. Denis*). La Cour décide que la prescription d'un billet à ordre souscrit à Arica (Pérou), et payable au même lieu, est régi par la loi péruvienne, « attendu que les actions personnelles se prescrivent par le temps que fixe la loi du lieu où, d'après la convention, devait se faire le paiement ». Relativement à la suspension de la prescription : « Attendu que la veuve de Pino objecte vainement que la prescription invoquée contre elle aurait été suspendue par la minorité de ses enfants, l'article 541 du code péruvien portant textuellement que tous les délais fixés par dispositions spéciales de ce même code, en matière de contrats commerciaux, sont fatals, sans qu'on puisse y puiser le bénéfice de la restitution, aucune cause, ni titre, ni privilège que ce soit. » Sur la délation possible du serment : « Attendu que ces mêmes textes ne permettent pas de faire droit aux conclusions subsidiaires de la dame veuve de Pino et d'astreindre Denis à la prestation du serment réglé par l'article 189 C. com. français, la loi péruvienne n'imposant pas au défendeur une semblable obligation. »

V. — Tribunal civil de la Seine, 19 février 1889, Clunet, 89, 621 (*Gillet c. Dumas*). Dans cette espèce, où il s'agissait de l'action en paiement d'intérêts d'une créance civile, la *lex loci solutionis* se confondait avec la *lex fori*. Mais le tribunal a reconnu expressément que c'est la loi du lieu de paiement qui régit la prescription.

VI. — Tribunal de Tunis, 2 novembre 1888, la Loi, 7 décembre 1888 (*Ritter c. Flukiger*). Il s'agissait d'un prêt. « Attendu que l'obligation est née dans le canton de Berne entre deux personnes domiciliées dans ce canton et appartenant à la nationalité suisse ; que c'est aussi dans le même endroit qu'elle devait être exécutée ; attendu qu'en raison de ces circonstances la durée de la prescription doit être déterminée par la loi suisse et que du reste les parties sont d'accord pour demander l'application de cette loi... » La *lex loci solutionis* était la *lex contractus* ; il est probable que l'application de la loi suisse à l'espèce n'a été motivée que subsidiairement par cette circonstance que le paiement devait avoir lieu en Suisse.

ETRANGER.

A. Belgique.

I. — Tribunal de commerce d'Anvers, 30 mai 1862, *Journal de Jurisprudence d'Anvers*, 1862, I, 374 (*Paul van Vlissingen et Dudok van Heel c. Société Bateaux à vapeur*). Ce jugement décide que le Belge ne peut se soumettre à une loi étrangère en ce qui concerne la prescription, cette institution étant d'ordre public, « que d'ailleurs, en fait..., le lieu d'exécution du contrat est à Anvers ; or la prescription, n'étant autre chose qu'un mode de libération des actions se rattachant à l'exécution du contrat, ne peut se régler en l'espèce que par les lois belges sous l'empire desquelles le contrat a été exécuté. » Ici encore, la *lex loci solutionis* se confond avec la *lex fori*.

II. — Tribunal de commerce de Bruxelles, 31 juillet 1882, le Droit, 5 août 1882 (*Buskes et de Bas c. X.*). Même observation que pour l'arrêt de Paris du 29 mars 1836.

III. — Un jugement d'Anvers, Clunet (1906, 495) et un arrêt de Bruxelles,

tiellement sur l'idée que la prescription est une peine infligée au créancier pour sa négligence. Mais il est facile de montrer que cette conception est inexacte. Toute peine supposant une faute, en quoi consiste la faute de celui qui, usant de son droit, reste inactif ? En s'abstenant de poursuivre son débiteur, le créancier ne lèse les intérêts de qui que ce soit. Admettons même, dit M. Weiss, que l'inaction du créancier puisse constituer une faute à sa charge, « encore faudrait-il que cette faute fût prouvée, ou tout au moins devrait-on permettre à ce créancier de se soustraire à la présomption élevée contre lui, et d'établir qu'il n'a rien à se reprocher ¹ ». Or l'idée qu'il est nécessaire de prouver une faute du créancier pour bénéficier de la prescription est absolument étrangère aux législations modernes, à tel point que le Code fédéral suisse des obligations, prévoyant que la diversité des conceptions touchant la nature de la prescription pourrait laisser croire qu'elle est en partie fondée sur la négligence du créancier, a cru devoir décider expressément, dans son article 813, que les obligations dérivant de la lettre de change s'éteignent par la prescription, encore qu'aucune faute ne soit imputable au créancier. D'autre part, pourquoi soumettre la faute, si faute il y a, à la loi du lieu où elle a été commise ? Serait-ce pour des raisons d'ordre public ? Mais on ne voit pas à quel titre, et en vertu de quelle autorité, la *lex loci solutionis*, qui ne se confond nullement, remarquons-le bien, avec la *lex fori*, s'imposerait au juge chargé de trancher le litige. Serait-ce par interprétation de la volonté des parties ? Mais les auteurs qui se sont décidés pour la *lex loci solutionis* ne considèrent pas cette loi comme une loi subsidiaire que l'on n'applique qu'à défaut par les parties d'avoir indiqué à quelle législation elles entendaient s'en référer en matière de prescription ; ils estiment au contraire qu'elle est impérative. Si même ces objections n'étaient pas décisives, est-ce bien par la *lex loci solutionis* qu'il convien-

Pasicrisie (1849, II, 102), que l'on range ordinairement parmi les décisions qui ont consacré la *lex loci solutionis*, se rattachent en réalité à la *lex contractus*. (V. ci-dessous, chapitre VIII.)

B. Danemark.

Tribunal des partages, 6 mars 1889, succession Luxenius. Vis-à-vis de l'accepteur danois d'une lettre de change tirée à l'étranger par un étranger et payable en Danemark, la loi applicable à la prescription est la loi danoise. La *lex loci solutionis* se confond ici avec la *lex fori*.

1. Weiss, *Traité*, IV, 381.

drait d'apprécier la faute du créancier ? S'il est vrai qu'il y a faute, cette faute n'a-t-elle pas été plutôt commise au lieu où le créancier aurait dû exercer ses poursuites ? Le conflit de lois en matière de prescription ne doit-il pas être apprécié en conséquence par la loi du domicile du débiteur ? Chacune de ces objections est grave ; elles prouvent dans leur ensemble que Troplong s'est contenté d'un criterium purement verbal, d'une solution mécanique.

La doctrine de M. Lehr repose, semble-t-il, sur une analyse insuffisante de la nature de l'institution envisagée. On ne saurait prétendre, en thèse générale, que la prescription libératoire soit basée sur une présomption de paiement ; s'il en était ainsi, cette présomption ne vaudrait que jusqu'à preuve contraire. Or, cette preuve n'est autorisée, par dérogation au principe général, que très exceptionnellement¹. Supposons, cependant, que nous soyons saisis d'une espèce où il s'agisse de déterminer la durée de la prescription, qui, d'après les lois en conflit, repose sur une présomption de paiement : ce n'est pas la loi du lieu du paiement qui doit nécessairement en décider. Si l'action, en effet, est intentée devant un tribunal autre que celui où l'obligation doit s'exécuter ; si d'après la *lex fori* le délai de prescription est inférieur à celui qui est admis par la *lex loci solutionis*, le juge saisi ne doit-il pas considérer que la prescription, étant essentiellement d'ordre public, ne peut être appréciée que d'après la législation qu'il a charge d'appliquer ? M. Lehr, pas plus du reste que Troplong et Massé, n'a prévu l'objection, qui est sérieuse.

D'autre part, les partisans du système que nous exposons, préoccupés à juste titre d'assurer la stabilité du droit, reprochent généralement aux juristes qui se sont prononcés pour l'application de la *lex fori* de permettre au débiteur ou au créancier de faire varier à leur profit la loi applicable à la prescription par un changement de domicile, s'il s'agit du débiteur, ou par un choix arbitraire entre les tribunaux concurremment compétents, s'il s'agit du créancier ; mais leur déduction les conduit au même résultat ; et la même critique leur est applicable ; en effet, quand le lieu du paiement n'est pas certain, c'est, de l'aveu même des partisans de la *lex loci solutionis*, au domicile du débiteur, par application des principes généralement consacrés par les législations particu-

1. C. civ., 2275.

lières¹, que le paiement doit s'effectuer ; la *lex domicilii debitoris* est donc applicable ; et l'on retombe dans les incertitudes que l'on a jugé indispensable d'éviter. Pardessus, il est vrai, prévoyant l'objection, admet que c'est la loi du domicile du débiteur lors du contrat qu'il convient d'envisager ; mais cette restriction est la négation même du principe qu'il a posé.

Telles sont les critiques soulevées par le système qui attribue compétence à la loi du lieu du paiement. On peut les résumer dans cette formule : ce système, méconnaissant la nature réelle de la prescription et les exigences de l'ordre public, conduit nécessairement, quand on envisage les détails de son application, à l'incertitude du droit. Nous ajouterons que les auteurs qui l'ont formulé, à l'exception de M. Lehr, n'étaient pas des spécialistes du droit international et paraissent n'avoir eu qu'une idée très confuse des difficultés que cette discipline soulève. Nous retrouvons dans leurs dissertations les défauts qu'il est permis de constater chez la majeure partie des auteurs qui, dans la première moitié du XIX^e siècle, ont écrit sur la matière : appréciation des rapports de droit international par des principes tirés du droit interne, au moyen d'une analyse insuffisante ; application abusive, à ces rapports de droit, de solutions tirées de l'ancienne législation ou de précédents jurisprudentiels anciens. Même en faisant abstraction des objections particulières auxquelles conduit le point de vue spécial auquel nous nous sommes placé, on se heurte à des contradic-

1. C. civ., 1247. En droit interne, la question s'est posée de savoir quel est le domicile visé par le législateur dans la rédaction de l'article 1247. La Cour de cassation, dans un arrêt du 9 juillet 1895 (S. 95.1.336), décide que cet article a entendu désigner, par domicile du débiteur, non pas son domicile au moment où le contrat est intervenu et a été exécuté, mais le lieu où ce débiteur serait domicilié au moment où le paiement doit être effectué. Dans le même sens Aubry et Rau, 5^e éd., t. IV, § 319, p. 267, note 15. *Contra* : Zachariæ, § 319, note 11, et Duranton, *Cours de droit civil*, XII, § 101 : « Pothier décide avec Dumoulin que lorsque le paiement serait fait au domicile du créancier, celui-ci ne peut pas, en transportant son domicile ailleurs, nuire au débiteur, s'il était plus avantageux à ce dernier de payer à l'ancien domicile du créancier ; or la raison est la même dans le cas où c'est le débiteur, au domicile duquel le paiement devait être fait, qui a changé de domicile, peut-être en vue de tirer un profit de ce changement. » Pardessus, semble-t-il, aurait dû adhérer pleinement à cette doctrine ; cependant il ne l'admet qu'en matière d'effets de commerce, à raison des conditions rigoureuses faites au créancier en cas de non-paiement ; pour les autres espèces d'obligations, le créancier a eu le temps de s'informer où est son débiteur, « et l'on peut dire qu'il a couru les chances de ce changement de domicile. » (*Cours de droit commercial*, 2^e éd., p. 83.)

tions manifestes, qui rendent la théorie inacceptable pour ceux-là mêmes qui partent des mêmes principes ¹⁻². Si par conséquent la *lex loci solutionis* est applicable, ce ne sera que dans l'hypothèse où la loi du contrat, reconnue compétente pour déterminer la durée ou les conditions de la prescription, en cas de conflit de lois, se confondra avec la première ³.

1. Parmi les auteurs qui ont critiqué le système de la *lex loci solutionis*, v. notamment : Weiss, *Traité*, IV, 381-382 ; — L.-V. Bar, *Theorie und Praxis des int. Privatrechts*, II, p. 97 ; — Laurent, *le Droit civil international*, VII, § 252, p. 359 ; — Marcadé, XII, pp. 16 et 17 ; — Mérignac, *Revue critique*, 1884, p. 128 ; — Fiore, *Droit international privé*, 1875, pp. 686 ss.

2. On avait fait encore remarquer contre l'application de la *lex loci solutionis* que l'ancien article 108 du Code de commerce fixant pour les actions à intenter contre les voituriers et commissionnaires à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises une prescription de six mois quand les expéditions ont été faites en France, et d'un an quand elles l'ont été à l'étranger, avait implicitement exclu l'influence de la loi du lieu de l'exécution. (Mérignac, *Revue critique*, 1884, 126-127 ; Labbé, note, S. 69.1.49.) Évidemment la disposition était impérative. Mais elle n'avait aucune valeur au regard du droit international privé et pour la solution de la question qui nous intéresse, car le législateur ne s'était certainement pas aperçu qu'il donnait en l'édicant une solution de conflit de lois.

3. Il est du reste à peu près certain que les auteurs allemands comme Goldschmidt et Paul von Roth, qui se sont prononcés pour la *lex loci solutionis*, ont dû être influencés par cette circonstance qu'ils admettent, dans le cas où la loi du contrat n'est pas expressément désignée par les parties, que la loi du lieu du paiement est la loi du contrat.

CHAPITRE VI

LE SYSTÈME DE LA LOI DU DOMICILE DU DÉBITEUR.

En examinant la doctrine de Boullenois, nous avons vu que cet auteur n'a adopté, pour décider de la loi qui doit régler la prescription, la *lex domicilii debitoris*, qu'en faisant appel à des arguments qui doivent logiquement conduire à l'application de la loi du tribunal saisi. Au XIX^e siècle l'équivoque persiste. Si l'on jette un coup d'œil d'ensemble sur l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine, on aboutit aux constatations suivantes : la grande majorité des auteurs, et la presque totalité des arrêts qui se sont prononcés pour l'application de la *lex domicilii debitoris*, ne l'ont prise en considération que parce que l'action avait été intentée au domicile du débiteur. Quand la question se pose en 1869 devant la Cour de cassation, celle-ci se prononce pour la loi du domicile du débiteur ; mais l'attendu par lequel elle justifie sa décision appelle l'application de la loi du tribunal saisi. Quelques auteurs, cependant, partis de l'idée, confusément entrevue, que la prescription constitue un moyen de protection pour le débiteur, appuient leur argumentation sur la nécessité de le défendre au moyen des dispositions légales qui doivent normalement le protéger ; mais leur argumentation manque de sûreté, et il semble qu'il leur soit impossible de préciser sans faire appel au système de la *lex fori* ; dans le dernier état de la doctrine, les deux points de vue se confondent.

I

Merlin ¹, dont les ouvrages sont considérés, à juste titre, comme la transition doctrinale entre l'ancien droit et le nouveau, formule

1. Merlin, *Répertoire*, Bruxelles, 1827, t. XXIV, v^o Prescription, sect. I, §§ 3, 7.

en ces termes son opinion : « Du principe que la prescription ne consiste que dans une exception et surtout dans une exception que le juge ne peut pas suppléer d'office, résulte la conséquence que pour la prescription d'une dette telle, par exemple, qu'une rente constituée, on doit suivre le domicile du débiteur. La loi qui déclare la dette prescrite n'anéantit pas le droit du créancier en soi ; elle ne fait qu'opposer une barrière à ses poursuites, et dès lors il est évident qu'elle ne peut pas être établie par la coutume du domicile de celui-ci, mais seulement par la coutume du domicile de celui-là. » Ce que nous disions de la formule de Boulle-¹nois s'applique exactement à ce passage. Merlin, considérant que la prescription est une exception à l'action intentée contre le débiteur, conclut à l'application de la loi du domicile du débiteur, parce qu'en règle générale *actor sequitur forum rei* ; mais s'il ne s'était pas borné à une simple indication, s'il avait examiné le conflit de lois dans le cas prévu par les articles 59 et 420 du Code de procédure civile, il aurait certainement renvoyé à la loi du tribunal saisi, car la prescription n'est pour lui qu'une exception qui limite l'action du créancier.

Labbé, dans sa note au Sirey (S. 69.1.49), après avoir repoussé les systèmes qui aboutissent à l'application de la loi du domicile du créancier, de la loi du contrat, de la loi du lieu de l'exécution, se range à la loi du domicile du débiteur, mais à raison seulement de l'espèce soumise à la Cour de cassation. L'arrétiste, dans sa conclusion, formule nettement son opinion : « Les motifs que nous avons déduits, dit-il, paraîtront peut-être plus forts en faveur de la loi où l'action est exercée, que de la loi du domicile du débiteur. Cela est exact, et dans notre conviction, en effet, la vérité est que la loi de la prescription est la loi de l'action. La loi qui octroie la faculté d'agir en justice limite l'exercice de cette faculté. Le créancier qui sollicite d'une autorité une condamnation doit respecter les limites de temps où l'intervention de cette autorité est, de crainte d'erreur, renfermée par la loi de son institution. » Ch. Brocher¹ n'est pas moins affirmatif : « Nous considérons comme compétente, en cette matière, la loi du lieu où il fallait intenter l'action de la prescription de laquelle il s'agit. Ce principe conduit généralement à s'arrêter à la loi du domicile

1. Ch. Brocher, *Cours de droit international privé*, Paris, Genève, 1883, II, 408.

du débiteur, puisque, par suite d'une règle communément consacrée, c'est là qu'il faut intenter les poursuites nécessaires en matière d'obligations personnelles ¹. » La jurisprudence s'est généralement prononcée dans le même sens. L'arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1869 s'en réfère à la loi du domicile du débiteur, mais l'attendu qui fixe ce principe est ainsi rédigé : « En matière d'actions personnelles, les règles de la prescription sont celles du domicile du débiteur qui, poursuivi en vertu de la loi de son pays, a le droit de se prévaloir des dispositions de cette même loi qui peuvent le protéger contre l'action dont il est l'objet. » Aussi M. Labbé a-t-il pu dire qu'il n'était pas difficile d'apercevoir quelle solution la Cour aurait adoptée si le conflit s'était produit entre la *lex fori* et la *lex domicilii debitoris*. Les arrêts étrangers sont pour la plupart conçus dans le même esprit ; aussi bien n'est-il pas aisé de rencontrer des auteurs ou des arrêts qui se déterminent pour la *lex domicilii debitoris* par opposition à la *lex fori* qu'ils rejettent. Ajoutons qu'il n'est pas à notre connaissance que la jurisprudence se soit jamais prononcée contre l'application de ces deux lois dans toutes les espèces soumises aux tribunaux, alors même que la protection du débiteur est apparue aux juges comme la raison déterminante de la prescription et qu'ils n'ont pas eu l'idée d'envisager cette institution comme appartenant à la procédure, en tant qu'exception à l'action instituée par le créancier, la loi du domicile du débiteur était la loi du tribunal saisi et, par suite, il est impossible de savoir si la solution n'eût pas été différente, dans le cas d'une absence de coïncidence entre ces deux lois ².

1. O. Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, 1883, 3^e éd., I, 263, est aussi partisan d'appliquer à la prescription la *lex domicilii debitoris* ; mais c'est à raison de ce qu'il considère que la substance et le contenu de l'obligation se déterminent régulièrement par la *lex domicilii*.

2. Aussi préférons-nous ranger les arrêts cités par M. Mercier, *op. cit.*, p. 113 et s., parmi la jurisprudence qui a consacré le système de la *lex fori*. Toutefois deux décisions ne semblent avoir en vue que la personne du débiteur, en attribuant compétence à la *lex domicilii debitoris*. C'est d'abord un jugement de Tunis du 23 juin 1888. (S. 89, 2, 104.) Il y est dit « que la prescription, soit extinctive, soit acquisitive, a pour fondement un intérêt social ; que dans le dernier cas elle repose sur la nécessité de garantir les individus et les familles contre les perturbations résultant de poursuites trop longtemps différées ; qu'il suit de là que la prescription est essentiellement relative non au créancier qui en subit les effets, mais au débiteur qui a le droit de l'invoquer, que ces principes ont été généralement admis par la doctrine, qu'en en faisant une exacte applica-

Mais la doctrine nous fournit quelques exemples de prise en considération de la doctrine de la *lex domicilii debitoris* pour des raisons propres à la personne du débiteur. Bien que les conclusions de Marcadé tendent à l'application de la *lex fori*, les arguments qu'il invoque pourraient laisser croire qu'il a des raisons particulières de se déterminer pour l'application exclusive de la loi du domicile du débiteur. Après Boullenois, qui s'était borné à indiquer l'idée¹, Marcadé établit un parallèle entre la prescription acquisitive des droits réels et la prescription extinctive des actions. « Lorsque Pierre d'une part et Paul de l'autre ont prescrit contre moi, le premier la ferme qui m'appartenait en Normandie, le second une créance de 50.000 francs que j'avais sur lui, il y a en définitive plus d'analogie entre les deux cas qu'il ne le semble tout d'abord... Des deux côtés, la prescription a brisé un droit, et la seule différence, c'est que d'une part ce droit avait pour sujet passif une chose, c'est-à-dire la ferme, tandis que de l'autre il avait pour sujet passif une personne, c'est-à-dire le débiteur ; l'un était le *jus in re*, l'autre, le *jus in personam*. Cela étant, on voit donc que les raisons qui font admettre pour le règlement de la prescription, en matière réelle, la loi de la chose soumise au droit prescrit, celle de la situation de cette chose, commandent d'admettre de même, en matière personnelle, la loi de la personne soumise à ce même droit, celle du domicile de cette personne. La règle est, en définitive, la même dans les deux cas ; on applique dans l'un

tion, une jurisprudence importante a décidé qu'en matière d'actions personnelles, les règles de la prescription sont celles de la loi du domicile du débiteur qui, poursuivi en vertu de la loi de son pays, a le droit de se prévaloir des dispositions de cette même loi qui peuvent le protéger contre l'action dont il est l'objet ». Ce jugement fut confirmé par la Cour d'Alger ; mais ce qui est très remarquable, c'est que la Cour n'adopte pas exactement les motifs des premiers juges ; au contraire, elle dégage de l'attendu de l'arrêt de cassation Albrecht, reproduit dans les motifs du jugement de première instance, ce qui s'y trouve implicitement contenu, pour conclure à l'application de la *lex fori*.

La seconde espèce nous est fournie par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 24 septembre 1814. (*Pas.*, 1814, 231, *Administration des Domaines Belge c. Mattart et Michiels.*) Il s'agissait de la prescription d'une rente. « Le ministère public a d'abord recherché quelle loi devait régler la prescription de la rente dont il s'agit. Après avoir combattu l'opinion de Pothier qui enseigne que la prescription des rentes personnelles suit la loi du domicile du créancier, il a été d'avis que c'était la loi du domicile du débiteur qu'il fallait suivre sur ce point. Il s'est appuyé sur l'opinion d'Huber, de Burgundus, de Voet. »

1. Marcadé, 7^e éd., t. XII, pp. 14-15.

comme dans l'autre la loi de la situation. » S'il y a lieu, par conséquent, de résoudre le problème par l'application de la loi personnelle du débiteur, déterminée suivant la tradition à peu près constante de la théorie des statuts par la loi de son domicile, il est clair que le statut de la prescription, étant assimilé aux statuts personnels, ne subira pas l'influence de la législation nationale des juges qui peuvent être exceptionnellement saisis du litige.

C'est à cette conception qu'il faut rattacher l'opinion que M. le professeur Pillet avait émise dans son *Essai d'un système général de la solution des conflits de lois*¹.

Pour lui, la difficulté de se décider sur la question de la prescription libératoire est presque insurmontable. « Cela tient à ce que la prescription se justifie par des motifs sociaux multiples et fort variés. Elle sert de protection au débiteur ; mais en même temps elle repose sur une renonciation présumée du créancier, lequel est le maître de l'interrompre ; elle facilite l'action de la justice en lui épargnant des recherches par trop anciennes, elle aide au maintien de l'ordre public en rendant impossible la perpétuité des querelles. Chacun de ces motifs pris en particulier conduirait à faire reconnaître la compétence d'une loi différente. » La conclusion, c'est qu'il faut adopter la solution la moins mauvaise ; or, comme c'est la protection du débiteur qui paraît être le but principal de l'institution, la loi régulatrice de la prescription sera la loi nationale du débiteur, sous réserve, bien entendu, de l'obligation pour le juge d'appliquer sa propre loi quand le délai de prescription édicté par la loi nationale du débiteur est supérieur à celui de la *lex fori*. Mais en ce qui concerne la suspension de la prescription, il y aura lieu de prendre en considération la loi nationale du débiteur.

L. von Bar², dans la première édition de son *Traité de droit international*, s'est rangé à la loi du domicile du débiteur. Le débiteur, dit-il, doit être protégé par la prescription contre les demandes suspectes et vraisemblablement mal fondées ou éteintes, dans son intérêt même et dans l'intérêt supérieur de la sécurité du droit. Pour atteindre son but, cette règle protectrice

1. Pillet, *le Droit international privé*, Clunet, 1896. V. aussi *Principes*.

2. L. von Bar, *das internationale Privat-und Strafrecht*, Hanovre, 1862, § 79, p. 287.

qui attribue compétence s'appliquera à tous les nationaux à raison de toutes les obligations qu'ils ont pu contracter. Mais elle ne s'appliquera qu'à eux seuls, car s'il était permis à des étrangers qui n'ont pas d'établissement fixe dans le pays d'en bénéficier, ou s'il était possible à leur co-contractant de les y soumettre en profitant de ce qu'ils résident à l'étranger, la sécurité du droit qui est le but de l'institution de la prescription serait gravement atteinte par la possibilité donnée au créancier et au débiteur d'utiliser dans un rapport contractuel la législation qui convient le mieux à ses intérêts. Quant à Grawein ¹, qui peut passer aussi pour un partisan de la *lex domicilii debitoris*, il ne fait que paraphraser la dissertation de L. von Bar ²:

II

Mais si ces auteurs sont d'accord pour admettre que la loi du domicile du débiteur est généralement compétente, il s'élève entre eux les plus graves divergences dès qu'il est question de s'entendre sur ce qu'il y a lieu de considérer comme loi du domicile du débiteur. Il ne s'est pas présenté moins de quatre systèmes pour résoudre cette question subsidiaire ³. Dans l'ancien droit, on n'avait eu d'hésitation qu'entre le domicile primitif du débiteur et son domicile actuel. Au XIX^e siècle, Pardessus s'est rallié, comme l'avait fait Dunod ⁴, au domicile primitif. D'autres, au contraire, plus logiques avec eux-mêmes, tiennent pour le domicile actuel. Toutefois l'admission de ce principe pouvant avoir comme résultat d'anéantir instantanément l'action d'un créancier que sa générosité avait empêché de poursuivre jusqu'alors son débiteur, les

1. Grawein, *Verjährung und Gesetzliche Befristung*.

2. P. Fiore, *Droit international privé*, §§ 295 et 296, s'est rallié, comme le dit M. Mercier, *op. cit.*, 101, à la *lex domicilii debitoris*, mais cette conversion n'a été que temporaire. Dans le cours de son ouvrage il adopte la théorie de Savigny, qui tend à faire prédominer la *lex contractus*; puis dans l'appendice, il semble se déterminer, en effet, pour la loi du domicile du débiteur. Mais dans la seconde édition de son ouvrage (t. I, § 166, p. 199) il combat résolument la deuxième opinion, ses critiques, du reste, s'adressant aussi bien, pour identité de motifs, à la *lex fori*.

3. M. Mercier (*op. cit.*, p. 107 ss.) les a très exactement résumés. Nous suivrons donc de près son exposé.

4. V. ci-dessus, p. 52, note.

auteurs y opposent un correctif important : le débiteur qui change de domicile est en droit d'invoquer le délai de prescription admis par la loi de son ancien domicile ou celui qui est consacré par la législation du nouveau domicile ; mais s'il opte pour ce dernier parti, il ne sera libéré que par l'expiration du délai de prescription admis par la loi à laquelle il se trouve soumis par son changement de domicile, étant entendu que ce délai ne commencera à courir que du jour où le débiteur a modifié par son déplacement l'étendue des droits de son créancier. Si, par exemple, le délai de prescription pour la même créance est de dix ans en France et de trois ans en Allemagne, un Allemand qui, au temps de la formation du contrat, était domicilié en France ne saurait se libérer de la demande formée contre lui par son créancier français en allant s'établir en Allemagne trois ans après le jour où l'action est née. D'après le système de L. von Bar, il sera nécessaire, pour que la prescription lui soit acquise, que pendant un nouveau délai de trois ans à compter à partir du jour du changement de domicile, la prescription n'ait été ni suspendue ni interrompue au profit de son créancier ¹. Si, à l'inverse, la prescription était de dix ans en Allemagne et de trois ans en France, le débiteur allemand, en s'établissant en Allemagne deux ans après la naissance de l'action, sera libéré un an plus tard, bien que, d'après la loi allemande, sept ans restent à courir pour que la prescription soit acquise.

Une troisième opinion fait une application proportionnelle des lois des différents domiciles du débiteur. Elle a été développée par von Bar, dans la première édition de son ouvrage ², par Bertauld ³, par Marcadé ⁴ et Charles Brocher ⁵. Marcadé donne l'exemple suivant : « La loi allemande admet une prescription de douze ans pour une créance qui ne se prescrit en France que par trente ans ; le débiteur habite huit ans Berlin et neuf ans Paris ; si l'on appliquait seulement la loi française, il faudrait admettre que la prescription ne serait acquise qu'au bout de treize ans ; si l'on ne prenait en

1. L. von Bar, *Theorie und Praxis...* II, § 291, p. 103.

2. L. von Bar, *das Int. Priv. und St. Recht*, § 79, p. 289.

3. A. Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, 1867, I, p. 116-117.

4. Marcadé, *op. et loc. cit.*, p. 19.

5. Ch. Brocher, *Cours de droit international privé*, II, p. 415.

considération que la loi allemande, le débiteur serait libéré depuis cinq ans. Mais ni l'un ni l'autre de ces points de vue ne sont exacts ; on ne peut, en effet, traiter comme n'ayant été soumise qu'à telle ou telle des deux lois, une chose qui a été soumise successivement à toutes deux, et il faut bien les appliquer l'une et l'autre en proportion de la durée de chacune comparée au délai total qu'elle exigeait. » Or, dans l'espèce supposée, le premier domicile a été abandonné lorsque les $\frac{8}{12}$ ou les $\frac{2}{3}$ du temps exigé pour la prescription d'après la loi locale étaient accomplis ; le débiteur devra donc attendre qu'il se soit écoulé, depuis le choix du domicile, les $\frac{4}{12}$ ou le $\frac{1}{3}$ du délai imparti dans le même cas par la loi française pour opposer valablement son exception. Le débiteur se trouvera donc libéré au bout de dix-huit ans ¹.

Enfin, pour remédier aux inconvénients que présente pour la stabilité du droit la possibilité pour le débiteur d'un changement de domicile, M. Labbé, dans sa note au Sirey, propose l'insertion dans le contrat d'une élection de domicile ; grâce à cette convention, le domicile élu est désormais le seul et unique domicile du débiteur en tout ce qui touche le contrat ².

Le résultat pratique de ces modes de supputation est le suivant : dans le système qui admet la loi du domicile actuel, le débiteur peut améliorer sa condition et même se libérer complètement ; mais il est possible aussi qu'il l'aggrave ; dans le système de L. von Bar, le débiteur peut améliorer sa situation sans courir le risque de l'aggraver ; mais il ne peut pas se libérer par le simple fait d'un changement de domicile. Le procédé de supputation recommandé par Marcadé et Brocher peut être favorable ou défavorable au débiteur ; mais de même que le précédent, il ne peut surprendre le créancier.

1. L. von Bar, *das Int. Priv. und St. Recht*, loc. cit., et note 18, rappelle que ce procédé de compte était employé en droit romain pour calculer le délai de l'usucapion fixé à dix ans ou à vingt ans selon qu'elle avait lieu *inter presentes* ou *inter absentes*. (Puchta, *Poudekten*, 12 éd., Leipzig, 1877, § 156 ; d'après la novelle 119, c. 8.) Cf. art. 2266 C. civ.

2. Marcadé, *op. et loc. cit.*

Mentionnons que la jurisprudence norvégienne se prononce en faveur de la *lex domicilii debitoris* avec application, en cas de changement de domicile, d'un calcul proportionnel. (Orsted, *Eunomia...*, Copenhague, 1822 ; — Aubert, *Vexelret*, p. 532.) D'après M. Synnestvedt, *le Droit international privé de la Scandinavie*, Paris, 1904.

III

D'une façon générale on peut reprocher au système qui donne compétence à la *lex domicilii debitoris* de manquer de fermeté et de précision. Il semble que cette théorie n'ait pas de principes propres, et qu'elle conduise infailliblement, dès qu'on essaie de l'approfondir, à la doctrine qui décide de la prescription par la loi du tribunal saisi. Le nombre des auteurs qui l'ont adoptée est restreint et presque tous l'ont abandonnée dans la suite. La dissertation de Marcadé se termine par une formule qui consacre l'adoption implicite de la *lex fori*. De Bar, dans la deuxième édition de son ouvrage, se range au nombre des partisans de ce dernier système; la loi du domicile du débiteur ne sera compétente qu'autant que l'action sera intentée devant le tribunal du domicile du débiteur: enfin, dernière atténuation au principe, qui achève de détruire l'unité de la théorie: dans le cas où la prescription est déjà acquise d'après la loi du contrat, le délai de cette loi, même devant le tribunal saisi, dont la législation, par hypothèse, admet de plus longs délais, est opposable au créancier. Or, c'est la théorie de de Bar qui était la plus intéressante à étudier, puisqu'il avait mis en opposition la *lex domicilii debitoris* et la *lex fori*.

On conçoit, à vrai dire, que les auteurs scrupuleux et les esprits qui aiment la certitude aient fini par adopter la *lex fori* ou la *lex contractus*, car les arguments que les partisans de ces deux dernières faisaient valoir contre elle étaient nombreux et décisifs.

D'une part, on a fait cette remarque: les auteurs qui ont vu principalement dans la prescription une mesure de protection pour le débiteur, qui ont cru qu'à raison de cette nature propre la loi qui la régit devait être assimilée à celles qui règlent l'état et la capacité du débiteur, et ont, en conséquence, attribué compétence pour décider de notre problème à la loi nationale ou loi du domicile, selon les diverses conceptions de la détermination de cette loi, ont supposé que, d'après la loi qu'ils déclaraient compétente, la prescription était déjà acquise au débiteur au moment où l'action était intentée. De la sorte, la loi du domicile du débiteur apparaissait comme la sauvegarde du débiteur poursuivi. Mais si l'on suppose que cette même loi admet un délai trois ou quatre fois plus long que la loi du contrat, la vertu protectrice de cette loi ne se manifeste

plus clairement, et l'on est par là même amené à se demander s'il ne conviendrait pas de substituer à la loi du domicile du débiteur ou à sa loi nationale, la loi la plus favorable au débiteur quelle qu'elle soit.

Un auteur, M. Mérignac, s'est prononcé, nous le verrons, pour l'affirmative.

M. Labbé indique, sans s'y arrêter, un autre argument en faveur de la *lex domicilii debitoris* : « L'obligation modifie juridiquement la manière d'être de la personne du débiteur ; elle s'attache à cette personne pour restreindre sa liberté ; en quelque lieu que la personne individuelle ou physique se transporte, la personne juridique, pure conception de l'intelligence, est toujours à son domicile. C'est donc là, si l'on peut localiser une chose immatérielle, que l'obligation prend naissance et réside. » Mais l'obligation s'attache aussi indiscutablement à la personne du créancier. Pourquoi se prononcer plutôt pour une loi que pour l'autre ? Quant à l'assimilation de la prescription libératoire à la prescription acquisitive de droits réels, elle est purement verbale. Comme conclusion d'un raisonnement où les expressions techniques employées par l'auteur sont tout au moins critiquables, Marcadé admet que c'est en définitive la loi de la situation qui est applicable. Mais l'assimilation entre les deux espèces de prescription est une pétition de principes. Il est certain que les créances sont réputées localisées au domicile du débiteur, dans le cas où il est utile de donner aux créances une situation. Mais il reste à démontrer que les raisons qui légitiment l'application de la *lex rei sitæ* à la prescription immobilière se retrouvent en matière de prescription libératoire. On conçoit facilement que le juge français, chargé de décider quelle loi est applicable à la prescription d'un immeuble situé en France, prenne en considération la loi française ; l'usucapion est intimement liée au régime de la propriété ; or, les institutions qui s'y rattachent ont toujours été considérées, et non sans motifs, comme suffisamment liées aux intérêts essentiels de la société pour que leur réglementation appartienne aux dispositions d'ordre public « international ». Les mêmes raisons n'existent pas pour la prescription des créances : le créancier, nous le verrons, peut être en droit de compter sur la prescription établie par la loi sous l'empire de laquelle il a contracté ; la situation d'un immeuble ne varie pas : la créance accompagne le débiteur dans ses déplacements ; on doit

se demander enfin jusqu'à quel point les dispositions relatives à la prescription libératoire sont d'ordre public international; et cette dernière question ne laisse pas de présenter certaines difficultés qu'on ne saurait résoudre par de rapides affirmations.

Nous avons vu quels systèmes ont imaginés les partisans de la doctrine que nous examinons pour concilier les intérêts des créanciers et les principes qu'ils ont établis : les uns admettent que la loi du domicile primitif du débiteur ou que la loi du domicile élu dans le contrat, au temps du contrat, sont seules compétentes; les autres adoptent des systèmes de supputation arbitraires de délais qui, semble-t-il, sont inspirés par cette considération qu'il est équitable, en cas de changement de domicile, de laisser au créancier un délai suffisant pour qu'il lui soit matériellement possible d'interrompre la prescription, mais aucun de ces expédients ne satisfait les adversaires du système. Si l'on adopte, avec Pardessus et la jurisprudence, la loi du domicile « primitif » du débiteur, les motifs qui ont fait admettre la compétence de la *lex domicilii debitoris* ne justifient plus le principe par lequel on entend régler son application, que l'on fonde la compétence de la *lex domicilii debitoris* sur la situation attribuée fictivement à la dette, ou qu'on la considère comme tranchant le conflit parce que c'est au domicile du débiteur que le créancier aurait dû interrompre la prescription. Quant aux systèmes mixtes de L. von Bar et de Marcadé, les partisans de la *lex contractus* leur reprochent, outre les difficultés matérielles d'application qu'ils entraînent quand le débiteur au cours d'une longue prescription change plusieurs fois de domicile, la consécration du droit pour le débiteur qui n'a pas payé d'améliorer sa situation par un artifice, de détourner ainsi la prescription de son but véritable; — car il importe peu que les combinaisons savantes des auteurs permettent dans tous les cas au créancier de disposer du temps nécessaire pour interrompre la prescription en cours; il n'en reste pas moins vrai que le créancier était en droit de compter sur le délai que lui accordait pour agir la loi du contrat, à laquelle il s'était soumis en pleine connaissance de cause pour tout ce qui concerne la substance, les effets ou les suites de ce contrat. Si même, dans une hypothèse particulièrement favorable à la théorie critiquée, la loi du contrat était celle du domicile du débiteur, c'est la loi du domicile primitif du débiteur que le créancier pouvait définitivement avoir en vue, et elle seule.

Mais il n'y a pas lieu d'insister sur ce point, car dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence le système de la *lex domicilii debitoris* est une doctrine morte. Tout l'intérêt de la discussion est reporté sur le système de la *lex fori*; la consécration de la *lex domicilii debitoris* n'est, en effet, qu'une application particulière de ce système. Quand Boullenois formula, l'un des premiers, le principe de la compétence de la loi du domicile du débiteur, les arguments qu'il invoquait à l'appui de sa doctrine tendaient à prouver que la prescription ayant pour résultat de paralyser l'action, est une institution de procédure; les auteurs qui se sont prononcés pour la même solution au cours du XIX^e siècle n'ont pas versé dans le débat d'arguments susceptibles de conférer à la loi du domicile du débiteur une autorité propre; ils sont tous, en puissance, partisans d'appliquer, dans le cas où le débiteur est actionné en dehors de son domicile, la loi du tribunal saisi. C'est donc le système de la *lex fori* qu'il convient d'examiner avec les restrictions qu'il comporte, en l'opposant à la doctrine qui donne compétence à la loi du contrat. Mais, avant de passer à cette étude, il y a lieu de s'arrêter quelques instants à deux systèmes dont les idées dominantes se rattachent étroitement à celle que nous venons d'exposer : celui de Tittmann et celui de M. Mérignac.

APPENDICE

On peut rattacher au système de la loi du domicile du débiteur l'opinion de M. Mérignac, qui conduit à l'application de la loi la plus favorable au débiteur. Nous dirons ensuite quelques mots de la doctrine de Tittmann. D'après cet auteur, la prescription est contraire au droit naturel, et le conflit de lois doit se résoudre par l'application de la loi la plus favorable au créancier.

I. — *Système de M. Mérignac* ¹.

Après avoir essayé de démontrer que la prise en considération de la *lex contractus* a l'inconvénient, faute d'un criterium absolu

1. A. Mérignac, *Comment doit être déterminé le délai de la prescription extinctive en droit international privé*, Revue critique, 1884, pp. 113-138.

de la loi du contrat, de rendre incertaine la détermination de statut de la prescription, et que l'application de la *lex fori* au conflit, indépendamment de ses inconvénients pratiques, repose sur une analyse inexacte de la nature juridique de l'institution, M. Mérignac passe à l'examen de la doctrine de Pothier et observe : « Nous comprenons le principe posé vis-à-vis d'un propriétaire qui n'a pas cédé volontairement sa chose, auquel elle a été volée ou qui l'a perdue ; car, en dehors de tout rapport d'obligation, il est bien vrai d'affirmer que le propriétaire ne peut être privé de sa chose que par l'effet de sa propre loi ; mais quand il est intervenu un rapport contractuel, il est impossible de n'envisager les choses qu'au point de vue du créancier et de soutenir que sa loi nationale, seule, est compétente pour régler la durée de la prescription. Par cela seul qu'il a contracté avec une personne de nationalité différente, le créancier a consenti à tenir compte, dans une certaine mesure, de la loi de son débiteur ; aussi, lorsqu'il prétendra que la prescription doit être régie par la loi de son domicile, le débiteur lui répondra naturellement que sa libération, à lui aussi, est en cause et ne saurait dépendre uniquement de cette loi. Les deux prétentions, étant égales, semblent donc se contrebalancer et s'exclure ; il paraît impossible, à moins d'un motif spécial, de préférer le créancier au débiteur ¹. » Est-ce à-dire que M. Mérignac va se prononcer pour la loi de ce dernier ? Peut-être y consentirait-il, faute de mieux, à condition que l'on entende par loi du débiteur la loi du domicile du débiteur au jour de la formation de la convention, car « la loi du lieu de ce domicile, destinée à produire des effets importants sur l'obligation, ne peut varier au gré du débiteur ; il doit y avoir droit acquis pour le créancier à la connaître quand il contracte ² ». — Mais c'est à un autre ordre d'idées que l'auteur fait appel pour résoudre le conflit : la loi applicable est la loi du domicile du créancier ou la loi du domicile du débiteur, selon que l'une d'elles est plus favorable que l'autre aux intérêts du débiteur. Cette solution a le mérite de ne pas porter atteinte au principe de la stabilité du droit, et de respecter le but social de la prescription. « Lorsque deux personnes contractent ensemble, le bon sens et la raison

1. A. Mérignac, *op. cit.*, p. 129.

2. A. Mérignac, *op. cit.*, p. 131.

veulent qu'elles se renseignent au sujet de leur condition respective. Le créancier devant ainsi connaître la loi du débiteur, et le débiteur la loi du créancier, aucun d'eux ne pourra se plaindre si on applique, pour le règlement de la prescription, celle des deux lois qui en fixera le délai de la façon la plus conforme au but poursuivi par l'institution ¹. »

On pourrait, à vrai dire, considérer que chaque État est libre de fixer comme il l'entend les règles de la prescription quand on l'invoque devant ses juridictions ; mais « ce point de vue serait inexact, car il existe... des principes dont les applications échappent à la réglementation exclusive d'un État, parce qu'ils participent non pas de son intérêt général seul, mais de l'intérêt de tous les États ». D'où l'on doit conclure que, « dans les rapports de ses nationaux avec les étrangers, un État doit faire abstraction de sa loi nationale, pour appliquer la législation qui, dans l'espèce, assure le mieux le but de cette prescription, c'est-à-dire celle qui se montre plus favorable à l'obligé qu'au créancier et qui, présument l'état de liberté de préférence à l'état d'obligation, libère le plus rapidement le débiteur. » Les législations positives ne recommandent-elles pas de se prononcer, en cas de doute, pour l'obligé ?

Cette doctrine ne laisse pas d'être ingénieuse ; elle a le mérite de conduire à une solution véritablement internationale du conflit, et d'avoir admis que toutes les dispositions d'ordre public interne ne sont pas nécessairement impératives pour le juge chargé de trancher un conflit de lois. Mais elle soulève les plus graves objections, et qui permettent d'expliquer qu'elle n'ait trouvé aucun écho ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence.

Tout d'abord on peut se demander si M. Méryghnac n'a pas exagéré la difficulté de déterminer, en certaines hypothèses, la loi du contrat. Supposons, d'ailleurs, — et c'est ce qui a lieu le plus souvent de nos jours, — que les parties se soient entendues pour fixer la loi sous l'empire de laquelle elles entendent contracter, que même elles aient stipulé relativement à la prescription, appliquera-t-on encore la loi du domicile des parties la plus favorable au débiteur ? Nous n'en voyons pas la raison. La prescription n'est pas plus une mesure de protection pour le débiteur qu'une pénalité dirigée contre le créancier ; elle n'affecte donc pas la condi-

1. A. Méryghnac, *op. cit.*, p. 131.

tion des personnes au même titre que les dispositions concernant l'état et la capacité. M. Méryghnac, il est vrai, soutient que la recherche de l'intention des parties est indifférente, puisque la prescription est une institution dont la réglementation est impérative. Mais, à première vue, cette conception n'est exacte que dans une certaine mesure : il n'est interdit aux parties que de stipuler des délais plus longs que ceux fixés par la loi ; ne suffirait-il pas dès lors, pour respecter les dispositions de droit interne, de donner compétence à la *lex contractus*, sous la réserve de l'exception de l'ordre public ? Est-il bien certain, d'ailleurs, que toute prolongation conventionnelle de délais soit impossible ?

Ceci nous amène à une autre observation, qui nous semble décisive. Supposons qu'un délai de prescription soit de dix ans en Allemagne, de cinq ans en France et de deux ans en Italie. Un débiteur allemand est poursuivi quatre ans après la naissance de l'action, par son créancier français, devant le tribunal de Florence, où l'Allemand est domicilié. La loi applicable, d'après le système de M. Méryghnac, est la loi française ; elle admet un délai de cinq ans ; l'action sera recevable. Est-ce à dire que le juge florentin ne puisse la considérer comme prescrite ? Le législateur italien n'a-t-il pas considéré que l'ordre social serait troublé par l'introduction utile d'une action déterminée deux ans après l'expiration du délai qu'il a accordé pour l'exercer, et le trouble n'existera-t-il pas, dans la même mesure, qu'il s'agisse d'étrangers ou de nationaux ? L'argument qui fait dépendre de la *lex fori* le statut de prescription, parce que la prescription serait une institution de procédure, n'a peut-être pas une grande valeur, nous le verrons ; mais de ce que la prescription est une institution de droit matériel, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'elle soit soustraite aux limitations qu'apporte à l'application des lois étrangères l'ordre public. Sans doute, il est de l'intérêt de tous les États que les créances soient prescrites au bout d'un certain délai ; mais dès lors qu'une législation fixe un délai de prescription inférieur à celui de deux lois en conflit dans le système de M. Méryghnac, n'est-ce pas, aux yeux du juge saisi, sa législation nationale qui assure le mieux la réalisation du but de l'institution ? Peut-être pourrait-on soutenir que le délai de prescription, en réalité, importe peu à l'État, que seule la nécessité d'une prescription est d'ordre public ; mais cette proposition choque assez les idées généralement admises pour avoir

besoin d'être démontrée autrement que par l'affirmation de ce truisme que la prescription est d'intérêt universel. Enfin, selon M. Méryghnac, les deux lois entre lesquelles on doit choisir ne sont pas leurs lois nationales, mais les lois du domicile ; aussi, quand les parties ont soumis leurs conventions à une loi déterminée, on verra, pour l'appréciation d'un même contrat, cinq lois concurremment compétentes. Les situations complexes ne doivent pas effrayer les internationalistes ; il n'est cependant pas de mauvaise méthode de chercher à simplifier les difficultés. Or, s'il est vrai que la prescription affecte la « condition » des personnes, une simplification s'imposait : on aurait dû, semble-t-il, faire régir la prescription, au même titre que les lois concernant l'état et la capacité, par la loi nationale des parties¹.

En résumé, la solution de M. Méryghnac, fondée sur la conception inexacte que la prescription est une mesure de protection pour le débiteur, ne tient pas compte des exigences possibles de l'ordre public. Bien qu'elle ait le caractère d'une règle internationale de conflit, ces constatations suffisent pour qu'il nous paraisse impossible d'y souscrire².

II. — *Système de Tittmann.*

Pour démontrer que la loi applicable, dans le conflit relatif à la

1. Voici comment M. Méryghnac justifie l'application de la loi du domicile : « C'est, à notre avis, au domicile qu'il faut avoir égard. On peut bien, en effet, faire prédominer le principe de la nationalité dans les rapports de famille, dans les questions d'état et de capacité, en un mot, dans l'ensemble de ces règles qui constituent le statut personnel, parce que l'on estime que les éléments complexes dont il se compose ne peuvent être régis que par une loi unique, la loi nationale. Mais nous croyons que c'est, au contraire, le principe du domicile qui doit l'emporter dans les rapports créés par les intérêts pécuniaires et spécialement par les obligations... Au point de vue juridique il existe, entre le domicile considéré comme le siège des droits d'une personne, et cette personne, un lien tellement intime qu'il doit exercer sur la naissance et l'extinction de ces droits une influence qu'on ne peut méconnaître. La personne, en effet, est censée y résider habituellement ; c'est là qu'est le centre de sa vie juridique, et spécialement des obligations qu'elle contracte. Cette influence qui détermine la compétence doit aussi avoir son effet sur la prescription... » (Cf. von Bar, *Theorie und Praxis des int. Privat und Strafrechts*, II.)

2. On pourrait ajouter que la solution donnée par M. Méryghnac n'est sans doute pas conforme à l'esprit des législations ; en général, les petites prescriptions sont des prescriptions exceptionnelles, et le délai de droit commun est plus long qu'aucune d'elles. Les législateurs ne sont donc pas systématiquement favorables à l'abréviation des délais de prescription.

prescription libératoire, est la loi la plus favorable au créancier, Tittmann ¹ s'appuie sur cette considération que la prescription est contraire au droit naturel et qu'il convient par conséquent, dans la mesure du possible, d'en restreindre les effets. Mais cette opinion est restée isolée ; elle avait contre elle la longue tradition des auteurs qui considéraient que la prescription est conforme à l'intérêt de la société ², et qu'à ce titre elle devait avoir une place dans les institutions du droit civil, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il est de l'essence d'une action ou d'un droit réel d'être éternel. De plus, on lui a reproché de ne donner un criterium certain de la loi applicable que dans le cas où les lois en conflit ne diffèrent que par la durée de la prescription ³. Quand, les délais de prescription étant d'inégale étendue, les autres éléments de la prescription ne se déterminent pas suivant les mêmes règles, il est possible que le délai plus court d'une loi soit compensé par les conditions plus favorables de l'autre, à raison, par exemple, des conditions de suspension et d'interruption, et qu'ainsi on ne puisse déterminer à coup sûr quelle est la loi applicable. Sans exagérer la portée de cette dernière remarque ⁴, il nous semble que la première observation suffit à condamner l'opinion de Tittmann ; la prescription, en elle-même, est défavorable au créancier ; mais rien n'indique que l'interprète doive y remédier par l'interprétation la plus favorable à la conservation de ses droits.

1. F.-W. Tittmann, de *Competentia legum*... Halæ, 1822, p. 12 : *Mihi vero in omni quæstione de usucapione et præscriptione, cum non congruant juri naturali, inspicienda esse videtur lex domestica judicii, nisi obstet jus validum ex legibus loci ubi natum est. Quamobrem, veluti mitior sententia, ea potior esse videtur lex, quæ maxime favet ei cujus juri præscribitur, et quæ a jure naturali minime recedit, nisi causæ agendæ is ut locus sit, sive is, ubi contractu aliove modo jus ortum est.*

2. V. ci-dessous, ch. x.

3. Ch. Weiss, *Verjährung und Gesetzliche Befristung*, p. 133.

4. Cf. A. Mercier, de la *Prescription libératoire en droit international privé*, p. 132.

CHAPITRE VII

LE SYSTÈME DE LA « LEX FORI »

Nous diviserons ce chapitre en deux parties. Dans la première nous exposerons les principes directeurs du système : dans la seconde, qui se subdivisera en deux paragraphes, nous en rechercherons les conditions d'application. Le premier paragraphe sera consacré à l'étude des procédés techniques employés par les partisans de la *lex fori* pour remédier aux inconvénients des changements de domicile ; le second nous permettra d'examiner une théorie récente, poursuivant apparemment le même but, et qui résulte de l'application au droit international de la distinction que l'on fait en droit civil entre les déchéances et les prescriptions. — Dans la mesure du possible, nous conserverons à cet exposé un caractère descriptif ; la critique du système de la *lex fori* se rattache trop intimement à l'exposé du système de la *lex contractus* pour qu'il soit possible de la séparer des développements relatifs à cette dernière doctrine.

I

Nous ne rencontrons pas, chez les auteurs du ^{xix}e siècle partisans de donner compétence en matière de prescription à la loi du tribunal saisi, d'argumentation originale. Les deux ouvrages les plus importants dans cet esprit, la note de Labbé sous l'arrêt Albrecht, et le livre de M. Mercier, n'ajoutent rien, dans leur formule fondamentale, aux conceptions d'Ulric Huber et de Boullenois ¹. « La prescription regarde uniquement la sanction dont le droit positif entoure l'obligation et arme le créancier ; la loi sous l'empire de laquelle l'action s'exerce, la loi qui accorde un

1. V. ci-dessus, p. 53 ss.

juge au créancier est celle qui doit déterminer les conditions légales de l'action, et elle est maîtresse de fermer au créancier, par la prescription, l'accès qu'elle lui avait ouvert devant un tribunal. » Ainsi la prescription n'appartient pas au groupe d'institutions qui règlent le fond du droit, ou, comme disent les auteurs allemands, au droit matériel ; elle fait partie de la procédure. Peu important les stipulations des parties, leur nationalité, le lieu qu'elles ont fixé pour l'exécution de l'obligation ; le juge saisi du litige ne peut accorder l'action que dans les limites et sous les conditions déterminées par sa loi nationale ; s'il était permis à une juridiction de donner au créancier le droit de poursuite après les délais fixés par la *lex fori*, la volonté du législateur serait gravement méconnue ; car la prescription a pour but principal d'empêcher que le cours de la justice ne soit entravé par l'examen de demandes trop longtemps différées ; le législateur, au surplus, a pu considérer qu'un créancier qui n'agit pas a renoncé à faire valoir ses droits, et que le débiteur doit être protégé après un certain laps de temps contre les réclamations injustifiées ou insuffisamment justifiées qu'on lui oppose. Ces considérations touchant à l'ordre public, la formule qui les sanctionne s'impose aux étrangers comme aux nationaux : « Le créancier qui sollicite d'une autorité une condamnation doit respecter les limites de temps où l'intervention de cette autorité est, de crainte d'erreur, renfermée par la loi de son institution ¹. »

Cette conception de la solution de notre conflit de lois repose, dit-on, sur une analyse très exacte du mécanisme de la prescription. La prescription anéantit moins le droit qu'elle ne paralyse l'action. Le droit subsiste, dépourvu de toute sanction directe ; mais selon la presque unanimité des auteurs, une obligation naturelle survit à l'action éteinte. Car la prescription n'est qu'une exception péremptoire fondée sur ce que le droit d'action n'a pas été exercé dans les délais déterminés par la loi ; elle ne peut par conséquent atteindre que l'action, c'est-à-dire l'efficacité civile de l'obligation. Dans la plupart des cas, du reste, quand le débiteur oppose la prescription, il ne conteste pas que la demande de son créancier ne soit fondée ; il prétend simplement que ce créancier n'est plus en mesure d'intenter utilement l'action qui constitue la

1. Labbé, S. 69.1.49.

sanction de son droit. C'est donc bien le droit à l'action que la prescription atteint ; mais, s'il en est ainsi, l'action, étant intimement liée à la procédure, appartient aux lois rigoureusement obligatoires pour le juge. « La prescription libératoire, dit un jugement du tribunal de la Seine ¹, que l'on appelle à tort prescription extinctive, n'est pas, à proprement parler, une cause d'extinction des obligations ; c'est une protection que la loi, dans un intérêt général, accorde au débiteur, afin de le garantir contre les dangers et les troubles pouvant résulter pour lui de poursuites trop longtemps différées ; elle n'anéantit pas par elle-même le droit du créancier, elle met à la disposition du débiteur une exception péremptoire... elle constitue un moyen absolu de défense contre l'action du créancier ; il suit de là que la prescription libératoire doit être régie par la loi du lieu où l'action est exercée par le créancier, et qu'on exprime en disant : « La loi de l'action est la loi de l'exception » ; c'est à la loi qui octroie au créancier la faculté d'agir en justice qu'il appartient de limiter l'exercice de cette faculté ; le créancier qui sollicite de l'autorité judiciaire d'un pays une condamnation contre son débiteur, doit respecter les limites de temps où l'intervention de cette autorité est, dans un intérêt social, renfermée par la loi de ce pays ; c'est précisément parce que les prescriptions libératoires sont des exceptions ou moyens de défense organisés dans un intérêt général et social qu'elles ne peuvent dépendre de la volonté des parties, et ne peuvent être modifiées par une convention expresse ou tacite, de sorte qu'en pareille matière il n'échet pas de rechercher quelle a pu être l'intention des parties. » Les attendus de ce jugement, visiblement inspirés par la dissertation de Labbé, contiennent l'essence du système de la *lex fori*. Il s'agissait, dans l'espèce soumise au tribunal, d'une action intentée par le propriétaire d'un hôtel de New-York contre une personne venue s'établir en France en omettant de régler sa note. L'hôtelier soutenait que sa débitrice avait, comme lui-même, entendu contracter selon la loi du lieu de contrat, lieu où il était probable que le contrat serait exécuté ; que, par conséquent, elle s'était tacitement soumise au délai de prescription libératoire fixé par la loi américaine compétente ; qu'il n'était donc pas possible qu'elle pût, grâce à un chan-

1. V. ci-dessous, p. 112-VI.

gement de domicile, se libérer, par le moyen de la courte prescription admise en droit français, des obligations contractées sous l'empire d'une législation qui admet que les droits du créancier subsistent encore dans leur intégralité. Le tribunal, néanmoins, rejeta la demande pour les motifs transcrits plus haut. Cette décision n'est pas isolée. C'est le point de vue de la Cour de cassation française¹. C'est aussi le principe appliqué par la jurisprudence anglo-américaine.

1.

I. — DOCTRINE.

FRANCE ET SUISSE.

Fœlix et Demangeat, *Traité de droit international privé*, 4^e éd., I, p. 220. — Leroux de Bretagne, *Traité de la Prescription*, Paris, 1869, I, 19. — Labbé, S. 69.1.49. — Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880, p. 60 ss. — Chrétien, *de la Lettre de change en droit international*, Nancy, 1881, p. 207. — Ch. Brocher, *Cours de droit international privé*, Paris-Genève, 1882-85, II, 414. — Martin, *de la Prescription libératoire en droit international privé*, Revue de droit international, 1887, 277. — Baudry-Lacantinerie et Tissier, 3^e éd., § 982, p. 789. — A. Mercier, *de la Prescription libératoire en droit international privé*, Lausanne, 1897.

SUÈDE.

Kreüger, *Hufvuddragen af utländingars rattsförhållande i Sverige*, Stockholm, 1876, p. 112. — Reuterskjöld, *Cours professé à l'Université d'Upsala*, 1902, § 20. (D'après Magnus Synnestvedt, *le Droit international privé de la Scandinavie*, Paris, 1904.)

ALLEMAGNE.

Thibaut, *Braunerörterungen*, p. 58, et *Frohenserörterungen*, p. 56. (D'après Waechter, *Archiv für die civilistische Praxis*, XXV, p. 409.) — C.-F. Glück, *Handbuch zum systematischen Studium des neuesten römischen Privatrechts*, 1812, p. 97. — A.-D. Weber, *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit*, Leipzig, 1825, 5^e éd., § 95, pp. 370, 372, 376. — Bornemann, *Erläuterungen aus dem preussischen Recht*, I, 113 s. — Mittermaier, *Über die Collision der Prozessgesetze* (*Archiv für die civilistische Praxis*, XIII, 1830), p. 307, et *Deutsches Privatrecht*, § 31, n^o 7. — Mühlenthal, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Halle, 1844, 4^e éd., § 73. — V. Holzschuher, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, Leipzig, 1856, 2^e éd., I, § 76. — Oppenheim, *System des Völkerrechts*, Francfort, 1845, p. 377 ss. — R. Schmid, *die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen*, Iena, 1862. — Schweppe, *Römisches Privatrecht*, I, p. 53. — Beseler, *System*, 1873, 3^e éd., p. 116, et les auteurs auxquels il renvoie.

II. — JURISPRUDENCE.

FRANCE.

I. Cour de cassation, 13 janvier 1869. L'arrêt d'Aix du 24 juin 1866 mentionné ci-dessus, p. 85, est cassé, « attendu qu'en matière d'actions personnelles les règles de la prescription sont celles du domicile du débiteur qui, poursuivi

Remarquons que, si la prescription est une institution d'ordre public absolu, il importe peu qu'elle appartienne au fond du

en vertu de la loi de son pays, a le droit de se prévaloir des dispositions de cette même loi qui peuvent le protéger contre l'action dont il est l'objet ».

II. Cour d'appel de la Seine, 28 février 1881 (*Vaugeois c. de Cools*), Clunet, 1881, 263. Il s'agissait d'une demande de restitution de dividendes indûment perçus. La Cour applique à la prescription la *lex fori*. « Considérant que s'il est vrai, en principe, que la loi du lieu où le contrat a été formé est également la loi du contrat et que les effets de l'obligation doivent être réglés conformément au statut sous l'empire duquel elle a été créée, ce principe ne saurait être étendu au cas où, sans contester le contrat dans son essence et l'obligation en soi, le débiteur repousse par une exception, telle, par exemple, que la prescription, l'action dirigée contre lui ; qu'en cet état l'exception, qui ne constitue qu'un moyen de résistance à l'action formée devant le tribunal du domicile du défendeur, ne peut être juridiquement appréciée que suivant la loi de son domicile, qui est celle sous la protection de laquelle il vit ; que cette doctrine, unanimement enseignée et adoptée dans l'ancien droit français, n'a été ni changée ni modifiée par la législation moderne et qu'elle a été consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation, qui décide expressément qu'en matière d'actions personnelles les règles de la prescription sont celles du domicile du débiteur. »

III. Besançon, Cour d'appel, 11 janvier 1882, S. 85.1.113 (*Vorbe c. Vorbe*), arrêt confirmant un jugement de Pontarlier du 23 mai 1881. Voici l'espèce : six Français souscrivent au profit d'un autre Français, à San Francisco, un billet de 6.000 dollars. S'appuyant sur la loi californienne, qui admet un délai de prescription de quatre ans, les débiteurs solidaires de l'obligation, rentrés en France et poursuivis par leur créancier, soutinrent que la loi californienne était la loi du contrat et que, par suite, ils étaient libérés ; mais la Cour de Besançon décide que les contractants étant tous français et, animés de l'esprit de retour dans leur pays, ont dû soumettre leurs conventions à la loi française, et que du reste, la prescription constituant une exception à l'action intentée, « c'est par la loi du lieu où le débiteur est actionné, c'est du lieu de son domicile que la prescription doit tout naturellement se régler ».

IV. Jugement de Tunis du 23 juin 1888, *le Droit*, 24 avril 1889, S. 89,2,104. *France judiciaire*, 1888, 285 (*Rachid Da lah c. Elias Mussali*). Ce jugement, qui contient l'attendu de l'arrêt de cassation de 1869, fut confirmé par la Cour d'Alger le 17 janvier 1889. (S., *loc. cit.*) Il s'agissait d'une dette civile.

V. Tribunal de la Seine, 18 juillet 1885, Clunet, 86.202 (*Hamida c. Ben Aïad*) ; prescription de l'action en liquidation et partage de société. Ce jugement, confirmé par la Cour de Paris le 26 janvier 1888, *Gaz. Palais*, 1888, p. 282, admet que la prescription est régie par la loi du domicile du débiteur, mais qu'elle ne commence à courir que du jour où ce débiteur étranger d'origine par sa naturalisation s'est trouvé soumis à la loi qui le protège au moment où l'action est intentée. Toutefois il en serait autrement si la preuve était rapportée que la prescription avait commencé à courir antérieurement à la naturalisation, d'après la loi du pays d'origine.

VI. Tribunal de la Seine, 28 novembre 1891, Clunet, 92.712, *Zeitschrift*, II, 616, § 1, et *Rev. prat.*, 92,5,13 (*Wehrle c. Letivirie*). Ce jugement est la décision type de la jurisprudence consacrant le système de la *lex fori*. Nous l'analysons au texte.

droit ou à la procédure ; les auteurs ont généralement démontré la compétence de la *lex fori* par un raisonnement qui peut se ram-

VII. Tribunal de la Seine, 11 décembre 1893. *Droit*, 30 décembre 1893 (*Notov c. Pacini*). Il s'agissait d'un billet à ordre.

VIII. Cour de cassation, 7 novembre 1904. Darras, 1906, 132 (*Kendrick and Nelson c. Frize*). L'arrêt de la chambre des requêtes ne prend pas parti sur la question ; mais dans son rapport M. le conseiller Letellier se rallie au système consacré par la Cour de cassation dans l'arrêt Albrecht.

IX. Alexandrie, 11 mars 1876, Clunet, 76, 495 (*Riottot et Pacon c. Auxontiades*).

SUISSE.

Tribunal fédéral suisse, 24 juillet 1882, S. 82,4,41 (*Comtat c. Briffod*), note de M. E. Lehr. Un arrêt de la Cour de Chambéry ayant condamné Comtat, sujet suisse, à payer à Briffod une somme de 1.000 francs — nous négligeons des détails sans intérêt, — Briffod en obtint l'*exequatur* en Suisse ; mais quand il passe aux actes d'exécution, Comtat fait opposition à saisie, prétendant que la prescription, d'après la loi vaudoise, est de dix ans, et que le délai était écoulé lors de la demande d'*exequatur*. Statuant par jugement du 6 décembre 1880, le tribunal civil du district de Rolle a déclaré que la dette n'était pas prescrite : « Attendu que c'est la loi française et non la loi vaudoise qui est applicable et que, d'après l'article 2262, les actions personnelles ne se prescrivent que par trente ans. » En appel, le tribunal cantonal de Vaud, le 11 janvier 1882, réforma la sentence des premiers juges et déclara la dette prescrite. « Comme il s'agit de l'exécution d'un jugement dans le canton de Vaud, si l'on tient compte de la nature juridique de la prescription libératoire, il faut admettre que ce mode d'extinction des créances doit être régi par la loi du domicile du débiteur, et cela d'autant plus que chaque État est souverain sur son territoire et y applique sa loi, à moins de dispositions contraires. » Cette sentence fut confirmée par le tribunal fédéral le 24 juillet 1882.

HOLLANDE.

I. Haute Cour des Pays-Bas, 2 avril 1874, Clunet, 1874, p. 141. Action en paiement de legs. (*Succession P.*)

II. Cour de Bois-le-Duc, 21 mars 1882 S. 83,4,9 (*De Behr Lchembre c. Clément*). Il s'agissait de la prescription de l'action en garantie formée par un cohéritier à raison de l'insolvabilité au jour du partage du débiteur d'une créance mise dans son lot.

BELGIQUE.

I. Cour de Bruxelles, 27 juillet 1896. *Pas.*, 1826, p. 238, Billet à ordre.

II. Tribunal de commerce d'Ostende, 8 mars 1888, *Pand. Per. Belges*, 1888, p. 1081 (*Witdenbogaardt*).

III. Cour de Bruxelles, 4 février 1893, *Journal des tribunaux de Bruxelles*, 26 février 1893.

ALLEMAGNE.

I. *bis* Kammergericht de Berlin, 11 avril 1825. *Simon und Strampf*, I, p. 325.

II. O. A. G. Darmstadt, 10 octobre 1840 (*Schönemark c. Engel*), *Seuf*, 12, 234, obligation civile.

III. O. A. G. Celle, 28 mai 1850, *Seuf*, 8, n^o 7, I. Action résultant de rapports extraconjugaux (*H. c. B.*).

IV. O. A. O. Celle, 6 février 1855, *Seuf*, 9, 246, 7 (*Martens c. Bürger*). Action résultant d'un contrat.

ner au syllogisme suivant : Toutes les institutions de procédure sont d'ordre public, et par conséquent leur étendue d'application

V. O. A. G. Iéna, 6 mars 1863, *Seuf*, 16, 184 (*Kern c. Doctor*). Action résultant d'un contrat.

VI. O. A. G. Celle, *Seuf*, 23, 2 (*Baurmeister c. Baurmeister*).

VII. Tribunal supérieur, 18 mars 1875, *Clunet*, 77, 243 (*Viernszowski c. Cegielska*). Le demandeur réclamait aux héritiers d'une dame polonaise le montant de fournitures qu'il lui avait faites. On lui opposait la prescription de deux ans établie par la loi prussienne du 31 mars 1838. Le tribunal supérieur connaît que cette prescription est valable, en principe, puisque l'action est portée devant un juge prussien. Mais le demandeur, en l'invoquant, se place par là même sous l'empire des lois prussiennes. Le tribunal en tire cette conséquence que la prescription n'a pu commencer à courir que du jour où la justice prussienne a pu être saisie de l'action. Ce point de départ de la prescription, c'est au défendeur à l'établir. Pour faire cette preuve, il ne suffit pas d'alléguer que le défendeur originaire avait des immeubles en Prusse ou que la succession pouvait y être assignée ; il faut qu'il prouve de plus que ces diverses circonstances étaient connues du créancier.

VIII. O. T. Berlin, 2 juin 1844, *Entsch.*, 10, 102.

IX. On cite encore (Mercier, *op. cit.*, 117, note 1) trois arrêts de Cologne des 7 janvier 1836, 4 avril 1839 et 14 décembre 1840. Nous n'avons pu nous les procurer.

RÉPUBLIQUE ARGENTINE.

I. Cour de Buenos Ayres, 10 août 1903, *Clunet*, 1910, 633 (*Banque commerciale de Paris c. Juan Peguin*).

II. Cour de Buenos Ayres, juillet 1909 (*Don Alphonso Yannone c. Don Juan Macchi*).

DRIT ANGLO-AMÉRICAIN. — DOCTRINE

Burge, *Commentaries on colonial and foreign laws generally and in their conflict with each other and with the law of England*, Londres, 1838, III, p. 878. — J. Story, *Commentaries on the conflict of laws*, Boston, 2^e éd., 1865, § 556 ss. — H. Wheaton, *Eléments de droit international*, 5^e éd., Leipzig, 1874, I, p. 118. — J.-A. Foote, *A concise treatise on private international jurisprudence based on the decisions of english courts*, Londres, 1878, p. 420. — J. Westlake et Fr. von Holtzendorff, *Lehrbuch des internationalen Privatrechts mit besonderer Berücksichtigung der englischen Gerichtspraxis*, §§ 223, 224. — D. Dudley-Field, *Projet d'un Code international*, Paris, Gand, 1881, article 651 et note. — Wharton, *A treatise on the conflict of laws or private international law*, 2^e éd., Philadelphie, 1881, p. 534. — L. von Bar, *International law private and criminal translated with notes by G. R. Gillespie*, Edimbourg, 1883. — J. Kent et J. Gould, *Commentaries on american law*, 14^e éd., Boston, 1896, II, p. 462. — A. V. Dicey, *A digest of the law of England with reference to the conflict of laws*, 2^e éd., Londres, 1908, p. 708 et s.

Dans l'ouvrage de Dicey la question de la prescription est réglée par la règle n° 193 : « All matters of procedure are governed wholly by the local or territorial law of the country to which a court wherein an action is brought or other legal proceeding is taken belongs (*lex fori*). In this Digest, the term « procedure » is to be taken in its widest sense, and includes (*inter alia*) : 1^o Remedies and process ; 2^o evidence ; 3^o limitation of an action or other

est strictement territoriale ; or la prescription est une institution de procédure ; donc elle ne peut se régler que selon la *lex fori*.

proceeding ; 4^o set-off or counter claim. » Pour justifier cette opinion il cite notamment ce passage de L. Tenterden (*De la Vega v. Viana*, 1830), 1 B. et Ad., 284, 288 : « A person suing in this country, must take the law as he finds it ; he cannot, by virtue of any regulation in his own country, enjoy greater advantages than other suitors here, and he ought not therefore to be deprived of any superior advantage which the law of this country may confer... »

La jurisprudence anglo-américaine est extrêmement abondante.

JURISPRUDENCE AMÉRICAINE (d'après Dicey) :

Munos v. Southern Pac. Co. 51 Fed. Rep. 188 ; 2 C. C. A. 163 ; 2 U. S. App. 222 ; *Burgett v. Williford*, 56 Ark. 187 ; 19 S. W. 750 ; *O'Shields v. Railway Co.* 83 Ga. 621 ; 10 S. E. 268 ; *Krogg v. Atlantic et W. P. R. R. Co.* 77 Ga. 202 ; *Rice v. Moore* (Kan.), 30 Pac. 10 ; *Labatt v. Smith*, 83 Ky. 599 ; *Farmers' and Traders' Nat. Bank v. Lovell* (Ky), 1 S. W. 426 ; *Thompson v. Reed*, 75 Me. 404 ; *Stirling v. Winter*, 80 Mo. 141 ; *Williams v. St. L. and S. F. Ry. Co. Mo.* (Mo.) 27 S. W. 387 ; *Hurley v. Missouri Pac. Ry. Co.* 57 Mo. App. 675 ; *Morgan v. Met. St. Ry. Co.* 51 Mo. App. 523 ; *Attrill v. Huntington*, 70 Md. 191 ; *Willard v. Wood*, 4 Mackey, 538 ; *Beer v. Simpson*, 65 Hun, 17 ; 12 Civ. Proc. 351 ; *Burrows v. French*, 34 S. C. 165 ; *Sawyer v. Macaulay*, 18 S. C. 543 ; *Carrigan v. Semple*, 72 Tex. 306. — Application à l'exécution de jugements étrangers : *Faulon v. Middelbrook*, 50 Conn. 44 ; *Bauserman v. Charlott*, 46 Kan. 480 ; *Ambler v. Whipple* (Ill.), 28 N. E. 841 ; *Packer v. Thompson*, 25 Neb. 688 ; 44 N. W. 650. Cf. *American Digest*, v^o Limitation.

JURISPRUDENCE ANGLAISE : *Donn v. Lipmann*, 5 Clark et Finnell, 1, 13 (Jugement rendu par L. Brougham dont les conclusions se trouvent dans Story, op. cit., p. 747), *De la Vega v. Vianna* (1. Barn. and Adol. 284) ; *British Linen Co. v. Drummond* (10 Barn. and Cres, 903) ; *Huber v. Steiner* (2 Scott, 304 ; 1 Hodges, 206 ; 2 Bing. N. C. 202 ; 2 Dolw. Prac. Cas. 781 ; and 4 Moore and Scott, 328). Voir aussi Story, op. cit., p. 748, note 2, et Kent, op. cit., II, 463, notes a et b, et les arrêts cités dans les recueils de J.-H. Beale, *A selection of cases on the conflict of laws*, Cambridge, 1907, I, p. 532 et s., ou de E. Lorenzen, *Cases on the conflict of Laws*, p. 62 et s. L'arrêt rendu en 1849 par la Cour supérieure des États-Unis dans l'affaire *Townsend v. Jemison* (9, How., 407, I, Beale, 533) est particulièrement intéressant. Un contrat est formé dans l'État de Mississipi, où la prescription est de trois ans ; l'action est intentée devant la Cour de district d'Alabama, quand le délai de trois ans est expiré. La Cour d'Alabama déclare la créance prescrite. Mais la Cour suprême casse la décision. Le juge Wayne développe la maxime : *Stare decisis et non quieta movere*. Il s'en réfère à un jugement *Leroy c. Crowninshield*, 2 Mason, 151, où l'interprète s'est exprimé de la façon suivante : « But I do not sit here to consider what in theory ought to be the true doctrine of the law, following them out upon principles of philosophy and juridical reasoning. My humbler and safer duty is to administer the law as I find it, and to follow in the path of authority, where it is clearly defined, even though that path may have been explored by guides in whose judgment the most implicit confidence might not have been originally reposed... » Et voici le commentaire du juge : « The error, if any has been committed, is too strongly engrafted into the law to be removed without the interposition of some superior authority. » Déjà, en 1839, dans l'affaire *Mc Elmoyle v. Cohen* (13 Pet. 312, Lorenzen, 62), le juge Wayne avait

Mais s'il est possible de décider par un examen direct de la nature de l'institution, que la prescription est, au même titre que les lois de procédure, d'ordre public absolu, il importe peu qu'on parvienne à cette conclusion en rattachant la prescription aux lois de procédure, ou par une déduction ainsi conçue : Quelques lois concernant le fond des actes sont d'ordre public ; or la prescription (pour telles ou telles raisons) est l'une de ces lois ; donc elle est d'ordre public. Dans les deux cas, le résultat est le même. Les lois d'ordre public étant de nature telle que l'application des dispositions législatives émanées d'une autre souveraineté pourraient nuire aux intérêts essentiels de l'État saisi du litige, doivent se distinguer, par des caractères propres, du reste de la législation ; or la prescription, semble-t-il, touche plus aux intérêts de l'État, à la sécurité des relations juridiques dans leur ensemble, qu'aux intérêts privés ; il ne serait donc pas contradictoire de considérer sa réglementation comme impérative, sans avoir besoin de la rattacher à une catégorie de lois qui sont indiscutablement d'ordre public.

dit : « It would be strange, if in the now well-understood rights of nations to organize their judicial tribunals according to their notions of policy, it should be conceded to them in every other respect than that of prescribing the time within which suits shall be litigated in their courts. Prescription is a thing of policy, growing out of the experience of its necessity ; and the time after which suits or actions shall be barred, has been, from a remote antiquity, fixed by every nation, in virtue of that sovereignty by which it exercises its legislation for all persons and property within its jurisdiction. » Tels sont les principes. Passons aux applications : voici les exemples donnés par Dicey, *op. cit.*, 712, d'après les arrêts : « 1^o X. contracts a debt to A. in Scotland, the recovery of the debt is not barred by lapse of time, according to Scotch law (*lex loci contractus*), but it is barred by the English Limitation Act 1623, 21 Jac I. c. 16 (*lex fori*). A. Cannot maintain an action against X. 2^o X. incurs a debt to A. in France. The recovery of such a debt is barred by the French law of limitation (*lex loci contractus*), but is not barred by any English Statute of Limitation. A. can maintain an action for the debt against X. » Il est à remarquer que dans ces espèces on applique la *lex fori*, que la prescription soit acquise ou non, selon la loi du contrat. C'est l'application la plus stricte du système de la *lex fori*. On pourrait supposer, en effet, que s'il peut y avoir inconvénient pour un État à ne pas limiter la durée de toutes les actions aux délais fixés par les lois internes, rien ne s'oppose à ce que le juge s'abstienne de prendre en considération une demande déjà prescrite, d'après la loi du lieu où elle s'est formée ; et ce point de vue, en effet, a été soutenu par les auteurs qui se rangent à l'application de la loi du contrat, sous réserve de l'ordre public international. Mais le système anglo-américain, en général, est plus sévère ; et l'on y est fatalement conduit, quand on considère la prescription comme une institution de procédure, la *lex fori* étant la loi normalement compétente.

Cette observation a une grande importance ; car, en admettant qu'il fût démontré, à l'encontre du raisonnement auquel le système de la *lex fori* a généralement recours, que la prescription est une institution de droit matériel, il resterait à prouver, pour que la réfutation fût complète, que le caractère de la prescription ne la rattache pas aux dispositions d'ordre public. Labbé a eu l'intuition de la difficulté. Toute sa dissertation tend à prouver que la prescription est une institution de procédure.

Mais il ajoute, faisant allusion à la théorie de l'ordre public du *Traité de droit romain* : « Nous pouvons, au surplus, mettre cette théorie sous l'autorité d'idées exprimées par M. de Savigny lui-même. Cet éminent jurisconsulte décide qu'un juge doit obéir aux lois impératives de son pays, lois inspirées par des motifs d'ordre public, quelle que soit la nationalité des plaideurs, quelle que soit l'origine des droits contestés devant lui. La règle de la prescription ne dérive-t-elle pas d'une loi impérative ? Elle limite la durée des procès dans des vues d'ordre public ; elle n'admet pas de dérogations conventionnelles. Ce règlement tient à l'organisation de la justice et se lie à un ensemble d'institutions où la loi positive, guidée par l'intérêt général, se meut en souveraine. »

Cette solution possède, dit-on, l'avantage de fixer une fois pour toutes la loi applicable¹. Si l'on reconnaît, au contraire, la compétence de la loi du contrat, non seulement il faut tenir compte des dispositions d'ordre public contenues dans la législation du tribunal saisi, mais encore la question de savoir quelle est la loi du contrat ou quel est le lieu du paiement est grosse de difficultés souvent insolubles. En donnant la préférence à la *lex fori*, on consacre un système homogène qui ne peut laisser place, en principe, à aucune incertitude d'application. Enfin le système de la *lex fori* aurait l'avantage de maintenir l'égalité entre les différents créanciers d'un même débiteur.

La loi du tribunal saisi s'appliquera, d'ailleurs, dans tous les cas ; que les délais fixés par ses dispositions soient plus courts ou plus longs que ceux de la loi du contrat, peu importe. C'est à tort, a-t-on dit, que plusieurs auteurs, Thibaut, de Bar et M. Weiss, entre autres, ont admis que l'application de la loi du tribunal saisi ne se légitimait que dans le cas où le délai de la *lex fori* est inférieur à

1. Mercier, *op. cit.*, pp. 134, 135.

celui de la *lex contractus* ; il est inexact d'affirmer que l'ordre public s'oppose à ce qu'on prolonge les délais, mais tolère qu'on les abrège ; car le système auquel on aboutit, en développant cette formule, assure au débiteur une protection que rien ne justifie ; il faut, au contraire, poser en principe que, « si la sécurité du droit demande qu'un état de fait prolongé puisse être considéré comme état de droit, elle exige surtout que les obligations soient respectées et que les débiteurs paient leurs dettes ¹ ». Par conséquent, si le contenu de cette formule est admis par la loi nationale du juge saisi, celui-ci ne peut pas plus accorder au débiteur une protection étrangère à l'esprit de la législation dont il a charge d'appliquer, même aux étrangers, les dispositions impératives, qu'il ne pourrait permettre au créancier de poursuivre son débiteur, quand les dispositions de la *lex fori* décident que son action est éteinte faute d'avoir été exercée dans le délai qu'elle détermine. Or certaines législations n'admettent pas que les délais de prescription puissent être abrégés par la volonté des individus qui contractent. Le législateur suisse estime contraire à l'ordre public que, dans les cas qu'il détermine, le délai de prescription soit inférieur à celui qu'il a fixé ; il déclare nulles et non avenues les conventions qui auraient pour résultat de porter atteinte à ce principe ; on ne saurait donc, devant les tribunaux suisses, s'appuyer pour repousser une demande, sur un délai autre que celui consacré par la législation nationale du juge saisi.

La formule d'application du système que nous exposons est donc la suivante : la *lex fori* est généralement compétente pour décider en toutes hypothèses de la recevabilité de l'exception péremptoire basée sur la prescription, que la législation en conflit avec la loi du tribunal saisi consacre des délais de durée plus courte ou qu'elle en admette de durée plus longue ; toutefois, dans le cas où la *lex fori* permet une abréviation des délais, il appartient au juge de rechercher si les conditions auxquelles sa loi nationale subordonne la validité d'une clause d'abréviation des délais se trouvent réalisées dans l'espèce qui lui est soumise ; en cas d'affirmative seulement, la créance sera réputée prescrite.

La *lex fori* n'est pas seulement applicable au délai de prescription ; elle décidera encore s'il est permis aux parties de renoncer

1. Mercier, *op. cit.*, p. 137.

d'avance à son bénéfice, si le juge peut opposer d'office l'exception de prescription ; elle déterminera à quel moment on peut l'invoquer¹. Si, d'après la *lex fori*, il est permis au créancier d'un débiteur de soulever par voie oblique le moyen de défense résultant de l'accomplissement du délai légal, cette disposition devra recevoir application bien, que la loi à laquelle sont soumis le contrat et tout ce qui touche le fond du droit ne leur reconnaisse pas une telle faculté ; enfin les causes de suspension et d'interruption dépendront aussi de la *lex fori* ; sans doute, en matière de suspension par exemple, si cette suspension repose sur une incapacité, la durée de l'incapacité s'appréciera d'après le statut personnel de la partie qui l'invoque. Mais s'il s'agit de savoir à quelle sorte de créances s'applique la suspension, la règle générale qui donne compétence à la loi du tribunal saisi s'appliquera de nouveau. Enfin, M. Mercier se pose une dernière question : lorsque la prescription est interrompue à l'égard de l'un des débiteurs solidaires ou à l'égard du débiteur principal, d'après quelle loi décidera-t-on si elle l'est aussi vis-à-vis des autres codébiteurs, ou vis-à-vis de la caution ? Voici la réponse : il ne s'agit plus ici de la prescription de l'action, puisque cette dernière est, au contraire, maintenue par un acte interruptif ; mais il s'agit de régler les rapports réciproques des codébiteurs entre eux, ou ceux du débiteur principal avec la caution ; c'est donc à la loi qui régit les effets de l'obligation, à la loi du cautionnement, qu'il faut se référer.

Tel est le principe du système de la *lex fori* ; telles sont les conséquences immédiates du principe. Examinons maintenant ses conditions d'application, dans le cas où plusieurs juridictions sont concurremment et successivement compétentes.

II

Il est possible qu'en vertu du contrat ou d'un traité de compétence conclu par deux États, plusieurs juridictions soient concurremment compétentes. Aux termes de l'article 1 du traité franco-suisse du 15 juin 1869, « dans les contestations en matière mobilière et personnelle, civile ou de commerce qui s'élèveront, soit

1. Mercier, *op. cit.*, p. 144.

entre Français et Suisses, soit entre Suisses et Français, le demandeur sera tenu de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur ». C'est donc une exception au principe de l'article 14 du Code civil. Mais « si le Français ou le Suisse défendeur n'a pas de domicile ou de résidence connus en France ou en Suisse, il pourra être cité devant le tribunal du domicile du demandeur ». Dans cette hypothèse, par conséquent, il est permis à un Suisse de s'adresser aux tribunaux de son pays à propos d'une demande formée contre un Français. Toutefois, dans le cas où le Français habite l'Angleterre, le Suisse pourra valablement l'assigner, aux termes de l'article 69 §§ 8 à 10, devant le tribunal de son dernier domicile ou de sa dernière résidence connus. Deux juridictions seront donc compétentes. Si, pendant un certain temps, le créancier n'agit pas, si la même créance se prescrit en Suisse par dix ans et en France par trente, la prescription, dit M. Mercier, ne doit être considérée comme accomplie que si les délais requis par l'une et l'autre loi sont expirés ; s'il s'est écoulé un délai de dix ans depuis le jour où l'action du demandeur est née, le tribunal jugera la demande mal fondée. Mais le créancier sera recevable pendant vingt ans encore à poursuivre en France le recouvrement de la créance. La prescription n'est donc pas acquise pour le débiteur quand le délai de prescription de moindre durée admis par l'une des deux juridictions compétentes est expiré. C'est en vain que le débiteur poursuivi en France opposerait la prescription de la loi suisse : l'ordre public français ne saurait admettre que les créances soient prescrites par un temps moindre que celui fixé par le Code civil. Cette hypothèse ne souffre pas de difficulté.

Mais plusieurs juridictions peuvent être successivement compétentes. La prescription commence à courir selon la loi admise en Suisse, où est domicilié le défendeur ; puis celui-ci change de domicile : la loi française devient compétente. Ce changement de domicile aura-t-il une influence sur la supputation des délais ? A première vue, on n'aperçoit pas quelles modifications peut apporter un changement de domicile aux principes qui, selon la *lex fori*, déterminent les délais de prescription. Si réellement la prescription est une institution d'ordre public, si le juge saisi ne peut appliquer que les délais de prescription de sa législation, on ne conçoit pas que la compétence passagère d'une autre loi que celle du tribunal qui doit connaître du litige puisse, en quoi que ce

soit, modifier l'application des principes que celle-ci reconnaît. Le juge compétent, semble-t-il, n'a que deux alternatives : ou bien le délai reconnu par sa loi nationale est expiré ; et dans ce cas il refuse l'action ; ou bien il reste un certain laps de temps à courir, et, dans ces conditions, il n'a pas à refuser au créancier les moyens de contrainte accordés par la loi. Ce n'est cependant pas ainsi que l'application du système a été comprise. Pour obvier aux inconvénients des changements de domicile, on a eu recours à deux procédés : d'une part on a appliqué au système de la *lex fori* des modes de comput analogues à ceux que nous avons rencontrés, en étudiant le système de la *lex domicilii debitoris*, qui se heurtait, pour identité absolue de motifs, aux mêmes difficultés ; d'autre part, on a essayé de soustraire à la compétence de la *lex fori* la catégorie des déchéances.

III

Lorsque Labbé dégage le système de la *lex fori* de celui de la loi du domicile du débiteur, il admet, comme Marcadé et les auteurs qui se sont rangés à cette dernière conception, que, pour des raisons d'équité, la loi compétente en dernier lieu ne saurait décider immédiatement du sort de l'action, quand le changement de domicile a eu pour résultat de soumettre le créancier à une législation qui, en raison du délai écoulé, le dépouille de ses droits. Labbé remarque que Dunod n'a pas poussé la logique jusqu'à faire varier la loi de la prescription suivant les changements de domicile, parce qu'il était frappé des inconvénients pratiques de cette solution. A vrai dire, selon l'arrêtiste, les inconvénients ne sont peut-être pas aussi considérables qu'on le prétend : « Un changement de domicile, une expatriation, puisqu'il s'agit de la substitution d'une loi à une autre, est un fait grave, difficile à accomplir, et il est peut-être chimérique de supposer que le débiteur transportera le siège de ses affaires d'une contrée dans une autre uniquement pour faire tomber son créancier sous l'empire d'une prescription plus courte. Si les juges reconnaissent que le transfert de domicile avait été simulé et non sérieux, ils n'en tiendraient pas compte. » Mais les adversaires de la *lex fori* avaient fait remarquer que le changement de domicile, intentionnellement effectué, pour être un fait rare, n'en est pas moins possible ;

que l'administration de la preuve de la mauvaise foi est toujours très délicate à effectuer ; que, même sans qu'il y ait à reprocher au débiteur une intention de nuire, il est certain que le changement de domicile qui a pour résultat d'abrégé, à l'encontre des prévisions légitimes du créancier, le délai de prescription, porte préjudice à la sécurité des relations juridiques. *A fortiori* ces raisons valent-elles de nos jours. La rapidité toujours plus grande des moyens de communication facilite singulièrement les déplacements ; et si en 1869 l'arrêliste, par un phénomène « d'égoïsme » inévitable, a pu poser en principe que l'on ne s'expatriait pas dans le but de se soustraire à la prescription, personne ne doute aujourd'hui qu'on ne passe la frontière avec assez de commodité pour que le hasard, sinon la fraude, permette au débiteur qui a omis de régler ses dettes de se prévaloir d'une exception que la loi de son nouveau domicile paraît mettre à sa disposition. Sans parler des individus qui ont fait de mauvaises affaires et jugent utile de s'établir à l'étranger pour se soustraire aux poursuites de leurs créanciers, que de gens, parmi les habitués des « trains de luxe », n'ont pas à proprement parler de domicile ? L'hiver les conduit dans le sud de l'Espagne ; au printemps ils passent sur le littoral de la Méditerranée ou dans le nord de l'Italie ; on les rencontre, trois mois après, autour des tables de jeux des grandes stations balnéaires. Or, dans le système de la *lex fori*, quand un créancier aura la bonne fortune de pouvoir les assigner devant le tribunal de leur résidence temporaire, il courra le risque de se heurter à des exceptions qu'il lui était impossible de prévoir au moment où, en contractant, il a fait confiance à son débiteur. La crainte de voir les changements de domicile influencer sur le droit n'est du reste pas théorique : les arrêts que nous citons comme ayant adopté le principe de la *lex contractus* ont eu parfaitement conscience de la nécessité de mettre le créancier à l'abri des conséquences des déplacements de domicile. Mais Labbé a eu égard à la difficulté, qui de son temps déjà se posait avec une acuité indéniable. D'abord il essaie de restreindre la portée des objections que l'on adresse à la *lex fori* : il indique, comme moyen pratique de fixer une fois pour toutes le délai de prescription, l'insertion dans le contrat d'une élection de domicile ; Marcadé, d'ailleurs, avait déjà recommandé l'usage de cet expédient. Mais dans le cas où cette élection de domicile a été stipulée, « le créancier diligent

ne sera jamais injustement victime du changement de domicile effectué par son débiteur, puisqu'il aura toujours, au moins depuis l'époque de ce changement, tout le temps accordé par la loi du nouveau domicile. » Labbé se rallie donc au système que nous avons exposé ci-dessus. Par conséquent, dans le cas où le délai de prescription fixé par la *lex fori* est tel que la prescription serait acquise au débiteur par le seul fait de son changement de domicile, ce délai ne sera réputé n'avoir couru que depuis le jour du déplacement.

Pour résoudre la même difficulté, M. Mercier, sans se prononcer formellement sur la valeur des systèmes que nous avons exposés après lui en étudiant le système de la *lex domicilii debitoris*, en admet un qui ne laisse pas de présenter quelque originalité, et dont nous ne saurions omettre un rapide exposé :

M. Mercier considère que lorsque deux lois sont successivement compétentes, il s'agit moins d'un conflit dans l'espace que d'un conflit dans le temps¹ ; par suite, pour déterminer la part d'influence de chacune d'elles dans la fixation du délai de prescription, il faut d'abord rechercher quelles sont, en droit interne, les solutions que l'on donne aux conflits dans le temps de dispositions législatives relatives à la prescription. La solution la meilleure étant arrêtée, on l'appliquera par analogie aux conflits de droit international privé.

Or quand une prescription est en cours au moment où une loi fixant de nouveaux délais de prescription entre en vigueur, on peut supposer plusieurs solutions ; et la législation, la jurisprudence, la doctrine, nous donnent, en effet, l'occasion de constater qu'il existe un certain nombre de procédés de conciliation entre les lois concurrentes :

I. — Le premier, le plus simple, est celui du Code civil français dans l'article 2281, qui laisse les prescriptions en cours s'achever d'après les anciennes lois, à condition, toutefois, que le délai qui reste à courir ne soit pas supérieur à trente ans².

II. — Au contraire, le Code fédéral des obligations régit toutes les prescriptions en cours ; mais il distingue les délais qu'il a fixés

1. Mercier, *op. cit.*, p. 146 ss.

2. D'après la loi autrichienne, les parties ont la faculté d'appliquer la nouvelle loi, en ne tenant pas compte du temps écoulé sous l'ancienne. (*Kundmachungspatent zum a. b. G. B. Abs. VI.*)

en deux catégories : les délais de cinq ans ou inférieurs à cinq ans, et les délais supérieurs. Pour les premiers, on compte le laps de temps écoulé sous l'empire de l'ancienne loi ; toutefois le temps à accomplir sous la nouvelle pour que la prescription soit acquise ne peut être inférieur à deux ans. On évite de cette façon que les délais impartis par la loi nouvelle ne surprennent le créancier. Si le temps nécessaire pour prescrire est inférieur à cinq ans, la prescription ne sera acquise qu'autant que tout le délai fixé par la loi nouvelle se sera accompli depuis la promulgation de cette loi.

III. — Dans un troisième système, on distingue :

a) Si la nouvelle loi fixe des délais plus longs que l'ancienne, la prescription, selon le jurisconsulte Unger ¹, ne sera acquise qu'autant que les délais fixés par la nouvelle loi seront expirés : cette solution repose sur le principe que la prescription, étant essentiellement d'ordre public, ne constitue un droit acquis pour les parties que dans les cas où le délai qui la détermine était expiré avant la mise en vigueur de la loi nouvelle.

b) Si la nouvelle loi fixe des délais plus courts que l'ancienne loi, nouvelle distinction. 1° Le délai qui reste à courir d'après l'ancienne loi est plus long que le délai fixé par la loi nouvelle ; par exemple la prescription ancienne était de vingt ans, la nouvelle ramène à cinq ans le délai. Dix ans se sont écoulés depuis le jour où l'action est née : dans ce cas il importe, comme l'ont fait Marcadé, Pardessus et von Bar à propos de la doctrine de la *lex domicilii debitoris*, de choisir entre le système qui ne considère la prescription comme acquise qu'autant que le délai entier de la nouvelle loi s'est accompli depuis sa promulgation, et celui qui estime qu'il y a lieu de ne compter le délai écoulé que proportionnellement au temps requis par l'ancienne loi. Enfin on peut encore supposer (v. ci-dessus, § II) que le délai nouveau s'applique sans qu'il soit nécessaire d'avoir égard au délai ancien, mais que le créancier ne sera forcé de son action qu'au bout d'un délai fixé par la nouvelle loi, deux ans, par exemple, selon le Code fédéral des obligations. 2° Si le délai qui reste à courir est plus court que le délai entier fixé par la loi nouvelle, on ne peut songer à attendre l'expiration de ce dernier délai, puisque cette solution serait contraire à la volonté

1. Unger, *System des österr. all. Privatrechts*. Cette solution a été consacrée par le Reichsgericht. *Ents.* 24, 53. Mercier, *op. cit.*, p. 149, note 3.

du législateur, qui, ne l'oublions pas, a, par hypothèse, abrégé la durée des délais de prescription ; d'autre part, l'application pure et simple du nouveau délai aurait pour résultat de dépouiller le créancier de ses droits ; il faut donc choisir, en pareil cas, entre ces deux solutions : ou bien considérer que seule l'ancienne loi est compétente, ou bien se servir de la règle proportionnelle du système de von Bar. M. Mercier n'admet pas, du reste, contrairement à l'avis de Unger, que le débiteur prescrivait puisse à son choix demander l'application de la loi ancienne ou recommencer la prescription entière selon la loi nouvelle.

c) Si la loi nouvelle déclare prescriptible une action antérieurement imprescriptible, la loi nouvelle s'appliquera, mais avec les atténuations prévues dans les systèmes précédents.

Passant à l'application de ce système au conflit relatif à la prescription libératoire, M. Mercier est conduit aux résultats suivants :

I. — Si, postérieurement au moment où une prescription est acquise au débiteur selon la loi du tribunal primitivement compétent, d'autres juges dont la loi nationale admet des délais plus longs, sont saisis du litige, la prescription reste acquise au débiteur ; il est, en effet, conforme au principe de la non-rétroactivité qu'en cas de conflit entre deux lois appartenant au droit interne, la loi nouvelle ne puisse porter préjudice aux débiteurs dont la prescription était acquise, d'après l'ancienne loi, avant que la loi nouvelle fût promulguée. Cette solution a été expressément consacrée par une loi de Louisiane de 1855 ¹.

II. — S'il reste un délai à courir, conformément à ce qui a été dit plus haut, il faut distinguer : la loi primitivement compétente fixe-t-elle des délais plus longs que la loi nouvelle, trois solutions sont possibles. On ne compte que le délai accompli depuis le moment où le tribunal saisi est devenu compétent ². Soit en France,

1. « Lorsqu'une obligation aura été contractée, ou un jugement rendu entre des personnes domiciliées hors de l'État de la Louisiane, pour être exécutés hors de cet État, et que ladite obligation ou ledit jugement seront couverts par la prescription dans le lieu où l'obligation devait être remplie ou le jugement exécuté, ils seront également couverts par la prescription en Louisiane, lorsque le débiteur, qui est ainsi déchargé, viendra s'établir en Louisiane. » (Clunet, 1876, p. 130, et Mercier, *op. cit.*, p. 154, note 1.)

2. Cette solution est consacrée par l'article 156, § 6, du C. F. O. Cf. Tribunal supérieur de Berlin, *Wiernszowski c. Cegielska*, Clunet, 1877, p. 243. (V. ci-

pour une prescription déterminée, un délai de vingt ans; en Suisse, dans le même cas, dix ans suffisent; au bout de quinze ans le débiteur se fixe en Suisse: la prescription ne lui sera acquise que dix ans après son changement de domicile; mais cette solution a pour résultat, dans une hypothèse comme celle que nous envisageons, de ne rendre opposable l'exception qu'au bout d'un délai supérieur au temps requis pour prescrire par celle des deux lois concurrentes qui admet le plus long délai. Aussi M. Mercier préfère-t-il appliquer le système de la proportionnalité ou celui qui consiste à fixer un délai minimum, quelle que soit la *lex fori*, avant l'expiration duquel la prescription pourra être considérée comme acquise¹. Si les délais admis dans la législation du tribunal saisi sont plus longs que ceux de la loi du tribunal primitivement compétent, le juge appliquera sa loi nationale, le délai de la prescription étant calculé à dater du jour où l'action est née.

Telles sont les solutions proposées par M. Mercier pour concilier les tendances communes aux différentes législations et les exigences de l'équité. Quelques critiques qu'il soit permis de leur adresser, comme nous le verrons dans la suite, on ne peut méconnaître que l'auteur n'ait construit, avec minutie, une théorie ingénieuse, en examinant de très près les conséquences que le système de la *lex fori* comporte, dans ses applications les plus délicates.

Cette doctrine, admise, par un grand nombre de jurisconsultes des différents États de l'Europe continentale, dans la première moitié du XIX^e siècle, et par une jurisprudence relativement importante, tant en France qu'en Allemagne, est considérée par la doctrine et la jurisprudence anglo-américaines comme une solution non seulement rationnelle, mais coutumière. La prescription y est représentée comme une institution de procédure, d'après la *common law*; et comme la conception du droit international privé qui

dessus, p. 114-VII) Dans le même sens, jugement du tribunal civil de Lausanne, 16 novembre 1897, cité par Mercier, *op. cit.*, p. 154.

1. En ce sens, canton de Berne, *Entwurf über das Personen und Handlungsrecht* (1868-1871), art. 5, abs. 2: « Die Verjährung richtet sich nach den Gesetzen des Wohnsitzes des Verpflichteten. Tritt während des Laufes der Verjährung ein Wechsel des Wohnsitzes mit abweichenden Verjährungsfristen ein, so wird eine verhältnissmässige Abgleichung der Fristen vorgenommen. » (Hugo Neumann, *Internationales Privatrecht in form eines Gesetzentwurfes nebst Motiven und Materialien*, Berlin, 1896, p. 218.)

domine dans les pays anglo-américains fait un devoir au juge de s'en tenir au système des solutions locales de conflits, le juge se considère lié, en principe tout au moins, par la qualification qui tire son origine d'une longue tradition doctrinale et jurisprudentielle.

IV

Au dernier terme de son évolution, le système de la *lex fori* a subi une atténuation importante : la loi du tribunal saisi n'est applicable qu'à la prescription proprement dite ; elle n'a pas compétence pour régler les délais préfix, qui restent soumis, en droit conventionnel, à la loi du contrat.

Cette doctrine, qui a une importance pratique considérable dans le droit anglais actuel ¹, repose sur la distinction que l'on fait,

1. Dicey, *Conflict of laws*, pp. 709-710, expose nettement la distinction. Après avoir posé la règle mentionnée ci-dessus, il remarque que la difficulté consiste à séparer les cas où il s'agit de procédure de ceux où la substance des droits des parties est en jeu. Deux règles, dit-il, doivent guider l'interprète : « 1^o English lawyers give the widest possible extension to the meaning of the term « procédure »... 2^o Any rule of law which solely affects, not the enforcement of a right, but the nature of the right itself, does not come under the head of procedure. Thus, if the law which governs, *e. g.*, the making of a contract, renders the contract absolutely void, this is not a matter of procedure, for it affects the rights of the parties to the contract, and not the remedy for the enforcement of such rights. » Et voici l'application à la prescription libératoire : « Hence any rule limiting the time within which an action may be brought, any limitation in the strict sense of that word, is a matter of procedure governed wholly by the *lex fori*. But a rule which after the lapse of a certain time extinguishes a right of action — a rule of prescription in the strict sense of that word — is not a matter of procedure, but a matter which touches a person's substantive rights, and is therefore governed, not by the *lex fori*, but by the law, whatever it may be, which governs the right in question. Thus if, in a action for a debt incurred in France, the defence is raised that the action is barred under French law by lapse of time, or that for want of some formality an action could not be brought for the debt in a French Court, the validity of the defence depends upon the real nature of the French law relied upon. If that law merely takes away the plaintiff's remedy, it has no effect in England. If, on the other hand, the French law extinguishes the plaintiff's right to be paid the debt, it affords a complete defence to an action in England. »

Dicey se borne à poser le principe ; mais un certain nombre de jugements l'ont appliqué : *Walsh v. Mayer*, 111 V. S. 31 ; *Canadian Pacific Ry. Co. v. Johnson*, 9 C. C. A. 587 ; 61 Fed. Rep. 738 ; *Theorux v. Northern Pac. R. Co.*

en droit interne, entre la déchéance et la prescription proprement dite ; c'est à tort, dit-on, que les anciens auteurs confondaient,

64 *Fed. Rep.* 84, 12 *C. C. A.*, 52 ; *Sea Grove and Loan Asso. v. Stokton*, 148 *Pen.* 145, I, Beale 542 ; 23 *All.* 1063 ; *Allen v. Allen*, 95 *Cal.* 184, 30 *Pac.* 213 ; *Rathbone v. Coe*, 6 *Dak.* 91 ; 50 *N.-W.* 620 ; *Williams v. Railway Co.* 123 *Me* 573 ; *Lyman v. Campbell*, 34 *Mo. App.* 213. V. aussi Lorenzen, *op. cit.*, p. 67 et note 13. Parmi ces décisions, l'une d'elles est caractéristique : c'est un jugement du tribunal supérieur de Pennsylvanie du 28 mars 1892 (I, Beale, 542, *Zeitschrift*, III, 183). Une loi de New-Jersey décide que lorsqu'un créancier hypothécaire a fait vendre son gage, il doit, si le produit de la vente ne l'a pas désintéressé, intenter son action dans les six mois qui ont suivi l'exécution. En l'espèce, alors que la prescription était acquise au débiteur d'après les lois de New-Jersey, qui avaient régi le contrat, la demande fut portée devant le tribunal supérieur de Pennsylvanie, dont la législation admettait un délai supérieur à six mois. Le demandeur plaida que l'expiration du délai de six mois avait simplement paralysé l'action, mais qu'elle pouvait revivre devant un tribunal dont la législation reconnaissait, dans le même cas, un délai de limitation supérieur à celui que consacrait la *lex contractus*. Mais le tribunal se prononça en faveur du débiteur, considérant que le délai dont il s'agit n'était pas un délai de prescription (*statute of limitation*), mais un délai de déchéance, et qu'il y avait lieu de le regarder comme faisant corps avec le contrat, en tant que stipulation tacite des parties dans le contrat hypothécaire. Dès le début du jugement, l'interprète indique la difficulté : il s'agit de savoir, dit-il, si les dispositions de la loi de New-Jersey sont des dispositions de prescription ou des éléments du contrat et, par suite, affectent la substance des droits des parties. Il semblerait, au premier abord, qu'il s'agit en l'espèce de limitation ; mais, ajoute le juge : « We must consider and interpret the act as a whole, and endeavor to ascertain its intent or object, and, in this enlarged view, it is apparent that its object is not merely to limit the time within which either suit upon the bond or for redemption may be brought (they are but incidents), but to prescribe, and in a mandatory manner, how debts secured by bond and mortgage shall be collected ; and it is well settled that, when a particular mode of procedure is prescribed, all others are denied or excluded. It is equally well settled that all contracts are presumed to have been made with reference to existing laws, which, where applicable, form a part of the contract itself. » Et il conclut, après quelques considérations accessoires : « We are, therefore, of the opinion that the act of assembly of New-Jersey... was an incident of the contract, affecting not merely the remedy under, but the rights of the parties to, the contract, and that, by the failure of the plaintiff to proceed on his bond within six months from the date of the sale of the mortgaged premises, the debt is extinguished, and he cannot recover in this action. » Ici, l'application de la *lex fori* aurait pu profiter au créancier. Mais la distinction du juge américain, assimilant le délai de poursuite à une stipulation contractuelle, lui enlève le bénéfice. On trouvera, dans un article de H. Wittmaak, *Zeitschrift*, 1909, p. 26 et s., sous le titre *Orliches Recht bezüglich der Anwendung der Vorschriften über die Klagenerjährung, Nordamerikanisches Recht*, des applications de la distinction des déchéances et des prescriptions aux actions résultant de délits ou de quasi-délits. A noter le jugement de Minnesota de 1904 qui décide que toute action donnée en dehors du droit commun par une loi spéciale contient un délai de déchéance « comme condition ». Le système de la *lex fori* dans la doctrine anglo-américaine subit donc une désagrégation lente.

sous le terme générique de prescription, toutes les institutions juridiques destinées à limiter dans le temps l'usage des droits¹; dès le début du XIX^e siècle, on a aperçu la nécessité de distinguer avec quelque précision ces deux ordres d'institutions. La prescription, dit Troplong, est toujours fondée sur une négligence prolongée pendant un certain temps; une déchéance peut provenir non d'une omission mais d'un fait délictueux et punissable². (Art. 1188 Code civil.) La prescription afin de se libérer n'engendre qu'une exception, tandis que la déchéance, plus sévère dans ses effets, peut servir de fondement à une action et opère le plus souvent de plein droit. On peut en toute hypothèse renoncer à une prescription échue; au contraire, on ne peut pas toujours renoncer au bénéfice d'une déchéance acquise. Sans doute il est de nombreux principes communs à la prescription et à la déchéance; mais la déchéance a un caractère de pénalité plus nettement marqué que la prescription. La même idée a été précisée par MM. Aubry et Rau, qui enseignent que quand la loi n'accorde une action qu'à la condition qu'elle soit exercée dans un temps déterminé, l'expiration du temps emporte déchéance; ce n'est pas, disent-ils, une prescription extinctive; il n'y a pas de négligence à faire intervenir dans le fondement de la déchéance; il y a comme un terme extinctif légal qui atteint le droit lui-même. En ce sens édictent des déchéances, et non des prescriptions, les articles 181 et 183 du Code civil sur les nullités de mariage, les articles 316 et 317 relatifs

1. Remarquons, en effet, que l'idée de séparer les déchéances des prescriptions est relativement récente. Merlin (*Rép. v^o Prescription*, t. XXIV, éd. de 1827, p. 71) constate avec raison que cette distinction était étrangère aux anciens jurisconsultes. J. Væt, *Ad Pandectas*, au titre de *diversis temporalibus præscriptionibus*, dit que *præscriptionis appellatione, veniunt temporales præscriptiones seu exceptiones quæ actori objiciuntur ut ab agendo excludatur eo quod non agit intra tempus a lege præfinitum*. Dunod, *Traité des Prescriptions*, partie XII, chap. I, se prononçait dans le même sens; pour désigner les déchéances, il emploie l'expression de prescriptions légales judiciaires. Merlin, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 73, écrit: « On doit tenir pour constant que les déchéances sont susceptibles de l'application de toutes les règles propres aux prescriptions libératoires, à moins que la loi n'en dispose autrement, soit en termes exprès, soit d'une manière implicite, par rapport à quelques-unes. » C'est Troplong qui, le premier, paraît avoir attaché quelque importance à la nécessité de séparer les prescriptions des déchéances. Cf. I, § 27, sa critique de Merlin, sur laquelle nous n'avons pas à nous prononcer; ce qu'il importe seulement de retenir, c'est que l'ancien droit n'avait pas aperçu la distinction.

2. Sur cette théorie, voir les développements de A. Mercier, *op. cit.*, p. 18 ss.

à l'action en désaveu, etc. ¹. M. Huc se range aussi à cet avis : « Ce qui caractérise la déchéance, c'est qu'elle ne repose ni sur une présomption d'acquisition, ni sur une présomption de libération. Il s'agit d'une pure réglementation utilitaire avec les délais de procédure imposés pour l'accomplissement ou la notification de certains actes. C'est le temps seul qui produit l'effet extinctif ². »

En Allemagne, il existe une véritable littérature de la question. Grawein ³, dont M. Mercier adopte, d'une façon générale, les conclusions, divise en cinq catégories les diverses hypothèses dans lesquelles le temps produit un effet juridique sur les droits. Les deux premières seules nous intéressent.

Quand un droit n'est accordé que pour un délai déterminé, et s'éteint par l'expiration de ce délai, la cause de l'extinction réside dans le droit lui-même, « dans une impuissance naturelle à survivre au jour fatal qui lui est assigné ». Il s'agit en ce cas d'un délai que l'auteur qualifie de *Befristung* ou *gesetzliche Befristung* : c'est la déchéance du droit français, et l'on exprime l'effet qui y est attaché par la formule : *Wie viel Frist, so viel Recht*. Au contraire, « certains droits naissent pour une durée indéterminée ; aucune limite de temps ne leur est assignée ; néanmoins ils peuvent disparaître à l'expiration d'un certain délai ; mais la cause de leur extinction ne gît pas dans le droit lui-même ; elle lui est étrangère et consiste dans l'arrivée d'un fait extérieur qui, en s'accomplissant d'une façon continue pendant un certain laps de temps, a créé au profit de l'obligé une situation juridique susceptible

1. MM. Aubry et Rau (4^e éd., VIII, § 771-4^o et les notes) ajoutent : les actions qui dérivent des articles 559, 809, 880, 1854, 2102, n^{os} 1 et 4, 957, 1047, 1648, 1622, 1676, 2279 C. civ. ; de l'article 25 C. proc. civ. ; des articles 160 à 171 C. comm. Et cette énumération, semble-t-il, n'est pas limitative.

2. Huc, t. XIV, n^{os} 317 et 319. Dans le même sens, L. Guillouard, *de la Prescription*, I, § 44 ; Planiol, II, §§ 705 et 703 ; Ch. Brocher, *Cours de droit international*, éd. de 1883, II, § 276, p. 421.

3. Grawein, *Verjährung und Gesetzliche Befristung*, Leipzig, 1880. V. les auteurs cités par Chr. Weiss, *Verjährung und Gesetzliche Befristung*, Munich, 1905. Voici les définitions de M. Chr. Weiss (p. 27) : « Verjährung ist das dem Verpflichteten vom Gesetz gewährte Recht, die Vollziehung einer ihm obliegenden Leistung zu verweigern infolge des eine bestimmte Zeit hindurch andauernden Mangels jener Tatsachen von deren Eintritt der Gesetzgeber das vom Zeitlauf unberührte Bestehen der Leistungspflicht abhängig macht ». « Die Temporalität eines Rechtes dagegen bedeutet dass das Gesetzgeber dem selben unbekümmert um das, was der Berechtigte tun wird, einen Endtermin setzt, die Existenz des Rechtes ist von Anfang an nur auf ein von vornhinein bestimmte Frist berechnet. »

d'annihiler le droit antérieur. Le temps fonctionne non comme mesure du droit lui-même, mais comme mesure du fait extérieur qui doit annihiler ce droit. Telle est la prescription libératoire ¹. »

La conséquence, c'est qu'il faut, en cas de conflit de lois, soit dans le temps, soit dans l'espace, appliquer à la déchéance la même loi qu'au lien de droit, puisque le délai préfix tient au droit lui-même dont il est partie intégrante ². Mais les délais de déchéance ou de prescription fixés par la loi ne sont pas les seuls qu'il convient d'envisager. Presque toutes les législations admettent que les particuliers peuvent modifier contractuellement, au moins dans le sens d'une abréviation, l'étendue des délais légaux. Ces modifications conventionnelles seront-elles considérées comme des déchéances ou comme des prescriptions ? Pour M. Mercier, ce sont nécessairement des déchéances ; les parties, en effet, n'ont aucun intérêt à modifier le délai de prescription ; en cas d'une abréviation de ces délais, le créancier courrait le risque d'être lésé sans que le débiteur tire un avantage quelconque de la stipulation ; car pour être libéré, celui-ci doit compter non seulement avec l'existence de certains délais, mais encore avec la survenance possible de causes d'interruption ou de suspension ; il est donc présumable, jusqu'à preuve du contraire, que dans toutes les hypothèses où les parties stipulent une limitation de leur droit d'agir en justice, elles entendent remplacer les délais de prescription, tels que les déterminent les lois compétentes, par des délais de déchéance revêtus des caractères qui leur sont propres. Les expressions employées par les contractants n'ont, du reste, rien de sacramentel ; bien qu'il soit question de prescription ou de *Verjährung*, le juge est libre de rechercher quelle a été la volonté des parties. La conséquence, étroitement liée à ces considérations, c'est que le délai conventionnel dépend, en principe, au point de vue du conflit de lois, de la *lex contractus* ; mais s'il est prouvé que les parties ont entendu simplement user de la faculté que les législations accordent généralement aux particuliers, d'abrégier les délais légaux de la prescription proprement dite, le principe qui fait dépendre la prescription libératoire de la *lex fori* reprend son empire.

Ainsi, quand on suit dans ses différentes applications le système de la *lex fori*, on est amené à constater que la règle unique qui se

1. Mercier, *op. cit.*, p. 22.

2. Mercier, *op. cit.*, p. 36.

trouve au point de départ du système, reçoit deux ordres de modifications qui en altèrent profondément la physionomie première. D'une part, la *lex fori*, dans le cas où un tribunal s'est trouvé compétent avant le tribunal saisi, ne s'applique pas strictement, pour des raisons d'équité. D'autre part, le système de la *lex contractus*, éliminé comme contraire, dans la plupart des cas, aux dispositions d'ordre public, reparaît sous une autre forme : toutes les fois que la question de la prescription se pose dans un conflit de lois étrangères, le juge est obligé de résoudre une question préjudicielle ; il doit se demander s'il se trouve en présence d'un délai de déchéance ou d'un délai de prescription. Dans le premier cas, c'est la loi du contrat qui s'applique, dans le second, la loi du tribunal saisi est compétente : ces atténuations au caractère impératif du principe qui sert de base au système de la *lex fori* étaient sans doute nécessaires pour ménager tous les intérêts en cause ; mais les partisans de la loi du contrat, dans la critique de la doctrine que nous venons d'exposer, y verront l'un des points faibles des idées qu'ils combattent¹. Dès maintenant on peut apercevoir qu'il y a quelque contradiction à reprocher au système de la *lex contractus* de laisser incertaine la loi applicable à la prescription, tout en laissant la loi du contrat régir un grand nombre de relations juridiques qu'il semblerait très naturel, par application du principe général, de soumettre à la *lex fori*.

La critique du système de la *lex fori* étant intimement liée à l'exposé de la doctrine qui assimile la prescription aux conséquences du contrat pour la faire régir par la loi de ce contrat, nous ne la séparerons pas de l'examen des arguments de Savigny, de Fiore, de Lainé, en faveur de l'application exclusive de la *lex contractus*. Cette critique, indiquons-le par anticipation, se résume de la façon suivante : la prescription n'est pas une institution de procédure ; elle n'est donc pas soumise à la *lex fori* ; c'est en vain que pour remédier aux effets des changements de domicile, les partisans de la loi du tribunal saisi ont restreint la portée de leur règle ou atténué ses effets : les inconvénients subsistent dans une large mesure ; et les atténuations ou les restrictions ne comportent qu'un résultat précis : l'affaiblissement de la rigueur logique du principe qu'elles limitent.

1. On voit du reste que, dans le cas où l'on admettrait la distinction des déchéances et des prescriptions, on se heurterait aux difficultés inhérentes à la théorie des qualifications.

CHAPITRE VIII

LE SYSTÈME DE LA LOI DU CONTRAT.

Quelque parti qu'ils prennent sur la question de la détermination de la loi qui doit régir la convention ¹, les jurisconsultes par-

1. Nous n'avons pas à traiter la question de la détermination de la loi du contrat ; nous ne pouvons que constater les résultats généraux consacrés par la doctrine de la jurisprudence. — I. Le principe est très net : c'est celui qui est exprimé par l'article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Par conséquent, les parties sont libres de désigner dans leur contrat la législation qui suppléera à leurs conventions expresses, sans qu'il y ait lieu de restreindre pour d'autres raisons que celles tirées des exigences de l'ordre public l'étendue de cette faculté. (Weiss, IV, 335 et note 2.) — II. Lorsque la volonté des parties n'est pas clairement exprimée, la détermination de la loi du contrat est une question de fait que le juge est libre de résoudre par tous les moyens qui sont en son pouvoir. Jusqu'ici les auteurs sont d'accord. — III. Quand il n'existe pas d'indices suffisants pour que l'on puisse décider que les parties ont entendu se référer à une législation plutôt qu'à une autre, le juge doit y suppléer par une présomption, lorsque la loi nationale n'a pas prévu l'hypothèse. (Weiss, IV, p. 337, notes 1, 2, 3, 4.) Mais les plus graves divergences séparent les auteurs dès qu'il s'agit de déterminer les règles qui permettent de suppléer à la volonté indéterminable des parties. (Cf. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, VIII, 204 et 244. Weiss, IV, 338 ss.) Deux hypothèses à distinguer : α) les parties ont la même nationalité ; dans ce cas, la loi nationale est généralement considérée comme loi du contrat (Weiss, IV, 338, note 2), à moins toutefois que la loi de leur domicile commun, après un séjour prolongé hors de leur patrie, ne puisse être considérée comme celle que les parties connaissaient le mieux. β) Si les parties sont de nationalités différentes, l'hypothèse est plus compliquée. Exemple : un Anglais domicilié en France contracte à Berlin avec un Turc domicilié en Grèce. On peut considérer comme applicable la *lex loci contractus*, la loi du domicile ou la loi nationale de l'une ou l'autre des parties ; la *lex loci solutionis*, la *lex fori*, la loi de la situation de l'objet quand il s'agit d'un immeuble. En fait, tous les systèmes ont été soutenus. M. le professeur Weiss (IV, 346) se prononce pour la *lex loci contractus*, et avec raison. Pour arriver à cette solution, il suffit de procéder, comme il l'a fait, par élimination. La loi nationale des parties ne saurait entrer en ligne de compte, car il n'y a pas de raison, évidemment, de préférer la loi du débiteur à la loi du créancier, ou inversement ; d'autre part, il est peu probable que les parties aient pensé à la loi du lieu du paiement, alors que la législation de celui-ci, en raison de son éloignement, sera la plupart du

tisans d'appliquer à la prescription le même statut que celui qui règle la nature, la substance et les effets du contrat, ont eu recours à deux procédés différents d'argumentation : nous les avons déjà rencontrés en étudiant le développement historique du problème. Les uns partent du principe que le droit matériel de l'obligation est soustrait à l'empire de la loi du tribunal saisi ; ils cherchent à rattacher la prescription au fond du droit en démontrant que cette exception est de celles qui n'appartiennent pas à la procédure ; d'autres remontent au principe qui, en matière d'obligations, légitime l'application au droit matériel d'une autre loi que celle du tribunal saisi, le principe de l'autonomie de la volonté, et prouvent qu'il n'y a pas de raison valable de soustraire la durée ou les conditions de la prescription à la loi que les parties ont choisie pour y soumettre leur convention. Les deux procédés se ramènent théoriquement à l'unité, puisque le second nous donne en quelque sorte l'explication et la justification de la formule mécanique qu'utilisent les partisans du premier ; mais il n'est pas inutile de les distinguer ; car en fixant principalement leur attention sur la nature juridique de la prescription, les jurisconsultes qui se sont servis de la première forme de raisonnement ont paru oublier la raison juridique qui légitimait l'application au droit matériel de l'obligation des dispositions législatives choisies par les parties ou tacitement adoptées par elles. Et cet oubli a eu des conséquences importantes, car le principe de l'autonomie de la volonté comporte des restrictions, des limitations auxquelles il faut avoir égard. S'il est vrai que les individus sont libres d'adopter, dans le règlement contractuel de leurs intérêts, des dispositions légales de leur choix, leur droit n'est pas illimité ; s'il est vrai que le droit matériel est soustrait, en principe, à la loi du juge saisi, il n'est pas prouvé que certaines dispositions de droit matériel ne

temps inconnue des parties. S'attacher à la *lex fori*, comme l'a fait Waëchter (*Wutt. P. R.*, II, p. 91), c'est donner, à propos des matières qui ne sont pas d'ordre public, une importance exagérée aux pouvoirs du juge, et absolument contraire aux tendances contemporaines sur la méthode du droit international privé. Enfin s'attacher, en matière de contrats relatifs à des immeubles, à la loi du pays où est situé l'immeuble, c'est attribuer une portée exagérée au statut réel. Boullenois, après Dumoulin, n'admettait qu'il en fût ainsi que lorsque les parties s'étaient référées expressément à la *lex situs*, ou que leur volonté de s'y soumettre s'était manifestée par des indices certains. Reste donc la *lex loci contractus*. (Pour la jurisprudence et la doctrine, v. Weiss, IV, p. 346, note 2, et BIBLIOGRAPHIE.)

soient d'ordre public, et ne s'imposent, quelle que soit la qualité des plaideurs, à l'observation de ce juge, au même titre que les lois de procédure elles-mêmes, suivant une tradition incontestée.

I

C'est ce que l'on constate notamment chez Savigny. Toute sa démonstration consiste à ramener l'exception au droit matériel. « Plusieurs auteurs, dit-il, regardant les actions et les exceptions comme des institutions de procédure, ont voulu appliquer aux cas de cette espèce la loi du lieu où l'action est intentée. Mais cette opinion doit être entièrement rejetée. Toutes les règles relatives aux exceptions qui n'appartiennent pas à la procédure déterminent à quel degré et sous quelles formes la validité de l'obligation est incomplète, et elles portent sur le fond du droit, non sur la procédure, comme les règles relatives à la validité absolue ou à la nullité de l'obligation ». Passant à l'application du principe, Savigny soumet à cette règle l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, l'*exceptio excussionis*, et celle qui résulte du *beneficium competentiae*, les actions qui servent à attaquer ou à annuler une obligation se jugent, comme les exceptions, d'après la loi du lieu où l'obligation est soumise en général ; enfin, considérant spécialement l'exception de prescription, il dit : « D'après les vrais principes, ce n'est pas le droit du lieu où l'obligation est intentée, mais bien le droit local de l'obligation, qui détermine le temps de la prescription, et cette règle s'adapte d'autant mieux à la prescription que les divers motifs qui en font la base se rattachent à l'essence même de l'obligation ¹. » Nous avons vu, en étudiant les théories de Boullenois,

1. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, VIII, p. 267 ss. A vrai dire, les motifs pour lesquels Savigny considère que les exceptions péremptoires et la prescription en particulier appartiennent au fond du droit n'apparaissent pas nettement ; au paragraphe 136 du tome V de son traité auquel il renvoie, il n'est question que des motifs sur lesquels est fondée la prescription ; mais les motifs qui légitiment cette institution ne seraient pas différents si elle appartenait exclusivement à la procédure. D'autre part, Savigny consacre de très longs développements (*op. cit.*, V, p. 391 ss.) à démontrer qu'une obligation naturelle survit à l'action éteinte ; il semblerait donc qu'il ait dû considérer que la prescription, n'ayant pour résultat que de paralyser le droit d'action, appartient à la procédure. En réalité, toute la démonstration de Savigny est contenue dans la phrase que nous citons : « Toutes les règles qui nous occupent déterminent sous quel degré et sous quelles formes la validité de l'obligation est incomplète. »

que cet auteur, dans une démonstration assez vigoureuse du principe de compétence de la *lex fori* en matière de prescription, avait essayé d'éliminer l'argument que la thèse adverse pouvait tirer d'un passage où Balde considérait que les exceptions péremptoires *pertinent ad decisionem causæ*. C'est à cet argument, auquel Boulleinois n'avait pas répondu directement, que Savigny s'attache ; mais il présente la démonstration sous un nouvel aspect : il semble que la non-expiration du délai de prescription lui apparaisse comme une condition de la validité de l'obligation. Cette idée a été reprise et nettement exprimée par Lainé¹, qui estime que l'obligation pour le créancier d'exercer son droit dans un certain délai, sous peine de le voir s'éteindre, est une sorte de modalité dont la créance est légalement affectée. La prescription appartient donc au droit matériel de l'obligation et se règle, par suite, d'après la loi qui gouverne le contrat lui-même. C'est à ce point de vue que se rangent les auteurs allemands qui admettent l'application de la *lex contractus*, et les arrêts allemands qui la consacrent se bornent, la plupart du temps, à l'affirmation que la prescription est de droit matériel².

1. A. Lainé, *Etude sur le titre préliminaire du projet de Code civil belge*, Ve partie, dans le *Bulletin de la société de législation comparée*, 1889-1890, p. 551.

2. En droit allemand, il n'est pas douteux que la prescription n'appartienne au droit matériel. La prescription est construite par le B. G. B. comme un moyen de paralyser l'*Anspruch*. Or l'*Anspruch* est « la faculté, selon le droit civil, d'obtenir par une demande en justice qu'un droit à une prestation sorte à effet, c'est-à-dire le droit, abstraction faite des conditions de procédure, de réclamer en justice une prestation ». (Dernburg, I, p. 107.) A. Jourdan (*la Prescription d'après le Code civil allemand*, Paris, 1906), à qui nous empruntons cette traduction (p. 81), donne lui-même de l'*Anspruch* (p. 82) une définition équivalente. Dans tous les cas, il y a distinction très nette « entre le rapport de droit, qui constitue le droit subjectif de l'individu, et l'action qui sera le moyen de poursuite procédurale mis à sa disposition ». (Saleilles, sous art. 194, B. G. B.) Quoique la détermination précise de la notion d'*Anspruch* ait donné lieu, parmi les auteurs, aux plus graves divergences, que même, l'*Anspruch*, telle que l'a conçue Windscheid, ne soit pas identiquement semblable à l'*Anspruch* du Code de 1900 (Jourdan, *op. cit.*, p. 60 ss.), il n'en est pas moins vrai que la notion à laquelle elle correspond est parfaitement compréhensible et que, quoi qu'on en ait dit, le mot allemand n'est pas inutile, si l'on veut prévenir des confusions inévitables. En France nous n'avons à notre disposition, pour donner à la même idée une forme matérielle, que des mots trop vagues, comme action, droit, prétention (ce dernier mot est employé par M. Saleilles). L'expression « action », que la doctrine et la pratique emploient dans tous les sens, n'est pas la traduction exacte d'*Anspruch* ; le mot « prétention », substitué au mot « action », a

Mais d'autres autorités ¹, après Dumoulin, font dépendre directement la détermination de la loi applicable à la prescription du

cependant le mérite, étant peu usité dans le langage juridique français, de prévenir le lecteur qu'il correspond à une notion nouvelle, ou qui du moins n'a pas d'équivalent précis dans notre langue, et, comme le dit M. Saleilles, « de ne pas se confondre avec le droit lui-même, et d'écarter l'idée d'une action à l'état de poursuite ». Ce qui est certain, c'est que, depuis la promulgation du Code civil allemand, aucun auteur n'a soutenu que la prescription appartenait à la procédure. (V. APPENDICE, Consultations de MM. les professeurs Hedemann et Neumeyer, Adde, Treutler, *die Verjährungseinrede in int. Privatrecht*, p. 14 ss.) Par conséquent, si l'introduction dans le Code d'une notion latente dans le « Gemeine Recht » a eu pour conséquence de faire cesser toutes controverses relativement à la nature de la prescription, on ne peut dire que l'expression nouvelle soit indifférente à l'analyse juridique.

DOCTRINE

ALLEMAGNE

1. Kori, *Erörterung praktischer Rechtsfragen*, 2^e éd., Dresde, 1829, III, 12. — v. Wening-Ingenheim, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, Munich, 1822, I, § 19. — v. Reinhardt, *Ergänzungen zu Glück's Pandekten*, Stuttgart, 1833, I, 1, p. 32. — Schäffner, *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, Francfort, 1841, p. 111. — Seuffert, *Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung*, Erlangen, 1836, I, 262. — Brinkmann, *Lehrbuch des Handelsrechts*, § 9, II, n^o 5. — Renaud, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts*, I, § 42, n^o 31 (1848). — Gerber, *System des deutschen Privatrechts*, 5^e éd., 1852, 32, note 11. — Walter, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Bonn, 2^e éd., 1857, § 48, n^{os} 1 et 7. — C. F. Eichhorn, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*. — Böhlau, *Mecklenburgisches Landrecht*, Weimar, 1871, I, § 74. — Pütter, *das Praktische europäische Fremdenrecht*, Leipzig, 1845, § 80. — Brachenhöft, *im Archiv für Wechselrecht*, II, p. 278. — J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 2^e éd., 1876, I, p. 187. — Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1884, I, p. 123. — Bluntschli, *das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 3^e éd., Nordlingen, 1878. — Heffter, *das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, Berlin, 1888, 8^e éd., I, § 39, note 7. — Niemeyer, *das Internationale Privatrecht im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin, 1896, p. 54. — Barazetti, *das Internationale Privatrecht im bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Hanovre, 1897, p. 65. — Matthiass, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, 4^e éd., 1900, I, p. 60. — Crome, *System des deut. bürgerl. Rechts*, Tübingen et Leipzig, 1900, I, p. 147. — Cosack, *Lehrbuch des deut. bürgerl. Rechts*, 4^e éd., Iéna, 1903, I, p. 167. — Neumann, *Handausgabe des bürgerl. Gesetzbuchs*, 3^e éd., Berlin, 1903, III, p. 222. — Meili, *das Internationale Zivil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zurich, 1902, I, § 56, II, p. 356. — Staudinger, *Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch und Einführungsgesetz*, Munich, 1907, I, 582. E. Gerlach, *Erläuterung des § 198 B. G. Bs.*, 1904, p. 42.

FRANCE.

Ballot, Ch. Demangeat, H. Plocque et H. de Vatismesnil, *Revue pratique*, 1859, t. VIII, p. 333. — Lecasble, *des Questions de droit international privé en matière d'obligations*, Paris, 1881, p. 316 ss. — L. Renault, *Revue*

principe de l'autonomie de la volonté qui domine la matière des contrats. Toutes les législations s'accordent à décider que la pos-

critique, 1882, p. 723 ss., 1884, p. 728 ss. — Asser et Rivier, *Éléments de droit international privé*, Paris, 1884, p. 84. — V. Loiseau, *du Domicile comme principe de compétence législative*. Paris, 1893, p. 285. — Chausse, *Revue critique*, 1893, p. 481 ss.

ITALIE.

Les auteurs italiens se prononcent pour la loi du contrat. Cf. N. Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie...* Naples, 1858, et *Trattato di diritto civile internazionale*, Naples et Livourne, 1857-1865. — Norsa, *Sul conflitto internazionale delle leggi cambiarie*. Milan, 1871. — Olivi. (V. APPENDICE.) — Mentionnons encore le projet de A. de Domin Petrushevecz, *Précis d'un code de droit international*, Leipzig, 1861, art. 197. — *Projet d'un traité de droit international entre l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay*, art. 51.

JURISPRUDENCE.

SUISSE. (V. Mercier, p. 96 et 97.)

1. — Tribunal fédéral suisse, 13 novembre 1886, *Entsch. des Bundesgerichts*, 12, 99 (*Brunner c. Brunner*). Créance civile.
2. — Cour de Justice civile de Genève, 18 octobre 1886 (*Loysel c. Sivignon*), *Clunet*, 1889, 350.
3. — Tribunal civil de Genève, 10 janvier 1889, *Clunet*, 1890, 168 (*Dumollard c. Martin*). Lettre de change.
4. — Tribunal civil de Lausanne, 16 novembre 1897. (Jug. cité par Mercier, *op. cit.* p. 97.)
5. — Cour de Justice civile de Genève, 20 janvier 1890, *Clunet*, 1891, p. 1036.
6. — Cour de cassation de Fribourg, 24 mars 1896 (*Semelet c. Boursetty*). *Revue judiciaire de Lausanne*, 15-30 juillet 1896.
7. — Cour civile de Lausanne, 15 février 1899, *Semaine judiciaire de Genève*, 15 février 1899 ; Tribunal fédéral suisse, 14 juillet 1899, *Clunet*, 1900, p. 848 ; *Zeitschr.*, 1901, 137 et 335 (*Lavonchy Clarke c. Bersy*).

RUSSIE.

1. — Sénat dirigeant de Varsovie, 1856 (*Oziembowski c. Waroniecki*), *Clunet*, 1874, 333.
2. — Sénat dir. de Var., 1868, *Clunet*, 1874, p. 333.
3. — Sénat dir. de Var., 24 novembre 1873, *Clunet*, 1874, p. 333.
4. — Tribunal communal de Saint-Petersbourg, 17 mars 1877, *Clunet*, 1881, 189 (*Bloumberg c. Wahlberg*).

ALLEMAGNE.

1. — 6 mars 1843, Cour revision Berlin, *Seuf.*, 2, 120.
2. — 28 janvier 1847, O. A. G. Lubeck (*Meyer und Herzog c. Schröder*).
3. — 1^{er} juillet 1852, O. T. Stuttgart, *Seuf.*, 6, 1-4.
4. — 11 juin 1853, O. A. G. Munich, *Seuf.*, 12, 334.
5. — 31 janvier 1855, *Seuf.*, 13, 5. (V. A. Mercier, *op. cit.*, p. 90.)
6. — 30 mai 1860, O. G. Wolfenbüttel, *Seuf.*, 19, 106-1^o (*Hornbostel c. Stelter*).

sibilité d'exiger le remboursement d'une dette ou l'accomplissement d'une prestation est soumise, dans son exercice, à certaines condi-

7. — 26 février 1861, O. A. G. Lübeck, *Seuf*, 14, 108 (*Warnecke c. Wille*).
8. — 22 décembre 1862, O. G. Wolfenbüttel, *Seuf*, 19, 106-2° (*Hohohm c. Schaare*).
9. — 16 janvier 1866, O. G. Wolfenbüttel, *Seuf*, 19, 106-3° (*Griesbach c. Achilles*).
10. — 22 novembre 1870, H. A. G. Nuremberg, *Seuf*, 28, 186. — Ce jugement décide que la prescription libératoire est régie par la loi du contrat, mais que l'interruption s'apprécie d'après la *lex fori*.
11. — 16 décembre 1870, O. A. G. Berlin, *Seuf*, 25, n° 2 (*Rennert c. Hirschfeld*).
12. — 3 janvier 1871, O. T. Stuttgart, *Seuf*, 25, 114 (*Mayer Dreyfuss c. Essinger*).
13. — 17 octobre 1874, R. O. H. G. *Entsch des R. O. H. G.*, 14, 82 et *Seuf*, 30, 221.
14. — 15 juin 1875, R. O. H. G. *Entsch.*, 18, 49 (*Atkins c. Paxton*).
15. — 24 février 1876, O. T. Berlin, *Seuf*, 33, 95 (*Nath'scher Vormund c. Schöman*).
16. — 5 mars 1877, R. O. H. G. *Entsch.*, 22, 31, § 1, et *Clunet*, 1878, 627 (*Harvey c. Engelbert*).
17. — 8 mars 1879, A. G. Celle, *Seuf*, 35, 88 (*Société Herne Bochum c. Société Ilsener Hütte*).
18. — 10 décembre 1879, R. G. *Entsch. des R. G.*, 1, 51 (*Ph. c. Fl.*).
19. — 17 janvier 1880, R. G., *Seuf*, 35, 87.
20. — 8 mai 1880, R. G., *Entsch.*, 2, 6 (*R. c. G.*).
21. — 4 janvier 1882, R. G. (*I. c. H.* — Voir Mercier, *op cit.*, p. 92.)
22. — 8 juillet 1882, R. G., *Entsch.*, 9, 60 (*B. c. Mecklemburg. Hypotheken und Wechselbank*).
23. — 25 mai 1892, Amtsgericht, Hambourg, *Zeitsch.*, 1893, 67 (*Bauer c. Köpke*).
24. — 4 janvier 1894, O. H. G. Hambourg, *Zeitsch.*, 1895, 53. — 25 janvier 1894, Francfort, *Zeitsch.*, 1896, 167 (*R. H. et Co c. X.*).
25. — 18 janvier 1896, Hambourg, Hans. O. L. G.
26. — 21 juin 1901, Hans. O. L. G. — Il s'agissait, dans cette espèce, de la prescription de l'action en paiement des honoraires d'un avocat.

BELGIQUE.

1. — Cour de Bruxelles, 24 février 1849, *Pasicrisie*, 1849, II, 102. (*Vaneeten c. Lawson*).
2. — Tribunal de commerce de Bruxelles, 31 juillet 1882, *le Droit*, 5 août 1882 (*Buskes et de Bas c. X.*). Billet à ordre. A noter ces motifs : « Attendu que c'est vainement que le défendeur soutient à cet égard que la prescription est d'ordre public et que le juge belge ne peut appliquer une prescription plus longue que celle édictée par la loi belge, que la prescription ne concerne pas l'exécution de l'obligation, mais le fond du droit, c'est-à-dire la durée de l'obligation dont l'exécution est poursuivie ; que, d'autre part, rien dans l'admission de cette durée de prescription d'un droit civil invoqué par le demandeur n'est contraire à l'ordre public ; que cela est si vrai que la prescription invoquée par le demandeur ne pourrait pas être opposée d'office par le juge ; qu'il suit de ces

tions de temps ; on ne saurait considérer que les parties ignoraient, lors de la formation du contrat, une disposition aussi générale ; il

considérations que l'exception de prescription soulevée par le défendeur comme fin de non-recevoir manque de base. »

3. — Tribunal d'Anvers, 17 mai 1884, et Cour de Bruxelles, 13 mars 1885, *Rev. int. de dr. marit.*, 1885-1886, pp. 170 et 393 (*Caramano et consorts*). Prêt à la grosse.

4. — Tribunal de commerce d'Anvers, 7 janvier 1903, *Clunet*, 1906, 495 (*Teichmann c. Olsen*). Affrètement.

5. — Tribunal civil d'Anvers, 12 avril 1907, *Clunet*, 1907, 1148 (*Société John Aspal c. Capit. Siculair et the Sailnig Milverton Co*).

6. — Tribunal civil d'Anvers, 15 décembre 1904, *Darras*, 1907, p. 970. Prescription de l'action née d'un prêt conclu dans l'Inde par deux Anglais (*Routh Mell c. Bentley Taylor*).

FRANCE.

1. — Cour de Douai, 16 août 1834, *Gaz. des tribunaux*, 18-19 août 1834 (*Watters c. Trickey*). Un Sr Watters, ayant fait de mauvaises affaires à Londres, passe en France, où il est poursuivi devant le tribunal de Boulogne, en paiement d'une dette de 12.500 fr. contractée en Angleterre. Il oppose la prescription du st. 21, Jacques I. Le tribunal adopte ses conclusions. Appel. Trickey soutient « qu'il est impossible que lors du traité les parties aient tacitement stipulé sur la prescription, car comment concevoir qu'au moment où il se lie par une promesse, le débiteur ait la mauvaise pensée de s'affranchir de son obligation autrement que par le paiement » ? Il cite à l'appui de sa thèse Boullenois, Huber, Merlin, Patou, Maillard. Seule par conséquent la prescription de trente ans est applicable à l'espèce. De son côté, Watters prétendait que la loi de la prescription est écrite ou du moins sous-entendue dans le contrat lui-même au moment où les parties traitent ; qu'on ne s'oblige pas seulement pour une somme, mais encore pour un temps déterminé, qu'un changement de domicile, « un pur accident de locomotion », ne saurait déranger l'équilibre primitif. La Cour de Douai admet cette thèse ; mais elle considère que l'interruption de la prescription est soumise aux lois anglaises, au même titre que la durée des délais, et reconnaît que la prescription a été interrompue en l'espèce et condamne Watters.

2. — Cour de Paris, 18 janvier 1840, *Gaz. des trib.*, 26 janvier 1840 (*Stevens c. Gosselin*). Prescription de l'action née d'un billet.

3. — Cour d'Alger, 16 avril 1848. S. 49.2.264. D. 49.2.130 (*Heffner c. Gambini*). Le défendeur (il s'agissait de l'action née d'une lettre de change) invoquait le délai de cinq ans de la *lex fori*. Le demandeur réclamait l'application de la loi maltaise, loi du contrat qui fixe à trente ans le délai de prescription de la même action. La Cour, « considérant que les lettres de change dont s'agit ont été souscrites à Malte par un Maltais, au profit d'un autre Maltais ; que si le changement du domicile du débiteur a pu opérer attribution de juridiction, il n'a pas soustrait les parties à la législation qui les avait irrévocablement saisies au moment même où le contrat s'est formé entre elles », rejette l'exception proposée.

4. — Cour de Chambéry, 12 février 1869. S. 70.2.9 et D. 71.2.218. (*Lemoine c. Lapenne*). Dette civile d'intérêts.

5. — Tribunal de commerce de Lyon, 23 mars 1880. D. 82.1.198 et Cour de Lyon, 17 mars 1881. S. 83.2.66. Contrat d'assurance (*Comp. espagnole « le Cabotage » c. Cie lyonnaise d'assurances maritimes*).

n'est donc pas interdit de supposer que les délais pour lesquels elles ont entendu s'obliger ne soient ceux qui sont fixés par la loi à laquelle elles soumettaient leur convention. « N'est-il pas raison-

6. — Tribunal civil de la Seine, 2 juin 1881. S. 81.2.218 (*Clement et Guilbert c. de Kaulla*). Ce jugement est la plus fortement motivée des décisions judiciaires qui ont consacré le système de la *lex contractus*. Il serait à citer tout entier. Contentons-nous de noter les attendus qui statuent sur la question de savoir si le changement de domicile doit avoir une influence sur les délais de prescription, et rejettent l'argument d'analogie que l'on pourrait tirer des articles 108 et 1433. C. comm. « Attendu, il est vrai, que depuis lors la défenderesse a changé de domicile, mais que ce changement ne peut avoir d'influence que quant à la juridiction qui devra la contraindre à exécuter les obligations qu'elle a contractées, que dans le cas de changement de domicile le créancier ne peut, en général, agir utilement que devant la juridiction du domicile actuel de son débiteur, la seule qui, dans les cas les plus ordinaires, ait la puissance actuelle pour contraindre le débiteur à exécuter ses engagements ; mais que cette juridiction, qui n'a souvent d'autre principe que le fait accidentel du domicile actuel du défendeur ne peut pas tenir pour non avenu cet autre fait qu'au temps où l'engagement a été contracté, les parties qui plaident devant elle avaient leur établissement dans un autre lieu ; qu'il doit surtout en être ainsi, alors que dans la loi du pays auquel appartient cette juridiction il ne se trouve aucune disposition absolument incompatible avec celle du pays dont les parties ont suivi la loi au moment où elles ont contracté, ni aucune disposition interdisant d'une manière certaine et absolue au créancier le droit de se prévaloir de cette loi qu'il pouvait espérer légitimement voir appliquer à sa demande... Attendu que les règles sur l'extinction des obligations doivent avoir la même certitude et la même stabilité que celles relatives à la création même de l'obligation, et aux autres conséquences juridiques qu'elle entraîne pour les parties l'une à l'égard de l'autre ; que, s'il en était autrement, il dépendrait entièrement de la volonté arbitraire du débiteur de rendre la condition de son débiteur plus mauvaise en changeant et en abrégeant à son gré le temps pendant lequel celui-ci peut agir contre lui ; qu'il n'y a aucun argument à tirer en sens contraire des art. 108 et 433 C. com. : qu'en effet, le premier de ces deux articles laisse entière la question de savoir quelle sera la prescription applicable lorsque le contrat de commission a été passé hors de France ; qu'en supposant que l'art. 433 doive s'appliquer d'une façon absolue, ce qui reste à démontrer, à toutes les actions résultant des contrats passés à l'étranger dans les cas qu'il prévoit, la seule conséquence à en tirer serait que cet article contient des exceptions à une règle beaucoup plus générale et que ces exceptions doivent être restreintes dans les termes précis de cet article. »

7. — Tribunal de commerce de Marseille, 25 octobre 1880, *Clunet*, 81.259 (*Bourcier et C^{ie} c. Boyer*). Dette commerciale.

8. — Cours de Bordeaux, 1^{er} mars 1889. D. 90.2.90. S. 92.2.76. Dette commerciale (*Simon c. Briet*).

9. — Tribunal de Tunis, 20 janvier 1890, *Revue pratique de droit international privé*. (Vincent et Pénard, mars-avril 1892, p. 109, et *Zeitschrift*, 2,616, § 2. *Jean c. Rolland*.)

10. — Tribunal de la Seine, 14 novembre 1890, *Clunet*, 1892.987 (*José Lup c. Prince de Bourbon*).

11. — Tribunal de commerce de Bordeaux, 27 avril 1891, *Clunet*, 1892, 1004.

nable, en effet, de penser qu'il a été tacitement entendu que l'action ne durerait qu'un certain temps déterminé par la loi du lieu où cette action est née. J'ai contracté avec un Anglais en Angleterre où je suppose que les obligations se prescrivent par vingt ans; n'est-ce pas comme si j'avais dit à mon débiteur que je devais le poursuivre dans les vingt ans ? »

Tels sont les éléments de la partie positive de la démonstration; mais on n'en aperçoit clairement la valeur qu'en les opposant à l'argumentation de la *lex fori*; et pour les partisans de l'application de la *lex contractus*, la vérification de leur doctrine consiste à réfuter le principe des théories opposées, en montrant que les atténuations dont la formule primitive de la *lex fori* a été l'objet ne sont que des expédients d'une valeur et d'un maniement incertains. On conçoit qu'une solution de conflit de lois ait égard aux conditions spéciales dans lesquelles se développent les relations internationales; mais l'adaptation ne doit pas s'effectuer aux dépens de la logique, au mépris des principes posés.

II

La prescription n'est pas une institution de procédure; on pourrait peut-être soutenir que la prescription, appartenant aux institutions de droit matériel, n'est pas régie par la loi du contrat, ou qu'elle n'en dépend pas exclusivement; mais elle touche au fond du droit, *pertinet ad decisionem causæ*.

Les institutions de procédure ont uniquement pour but de faire valoir les droits. Ces droits peuvent être paralysés par des exceptions, des moyens de défense, des fins de non-recevoir; mais il ne s'agit plus alors de procédure; seule la validité du

Contrat de transport (*Canaperou c. C^{ie} de Chemins de fer du Midi de la France et du Nord de l'Espagne*).

12. — Tribunal de Tunis, 15 juin 1891. *Clunet*, 91.1238 (*Attal et Khaat c. Burgel et Nataf*).

13. — Tribunal de commerce de la Seine, *Zeitschrift*, 1898, p. 345, et *Clunet*, 1897, 1043. Souscription d'actions d'une société étrangère (*Banque européenne et Vandal c. de Saint-Cyr*).

14. — Tribunal civil de la Seine, 23 mai 1901, P. 1902. 5. 7. Change (*Pritchard c. Spandony*).

15. — Tribunal commerce de la Seine, *Zeitschrift*, 1905, 361. Action née d'un contrat de transport (*Hotchkiss c. Marceson et Schreter*).

16. — Tribunal civil de Marseille, 31 octobre 1906, *Clunet*, 1907, 416. Prêt (*Guidel c. Forcella*). *Darras*, 1908, 953.

droit est en cause. Le plaideur est contraint, lorsqu'il entend faire reconnaître son droit, d'obtenir l'accès du tribunal, avant de pouvoir établir le bien fondé de sa prétention ; il s'expose ainsi à se heurter à des exceptions ayant trait à la recevabilité de sa demande ; s'il triomphe, s'il prouve qu'il remplit les conditions requises par la loi pour se trouver à même de justifier sa demande, son adversaire, quand il n'est pas paralysé lui-même par une exception de procédure, aura le droit d'invoquer, pour repousser la prétention du demandeur, certaines exceptions que l'on désigne, en raison de la tradition historique, par une expression particulière, mais qui ne sont en réalité que des moyens de défense, impliquant comme tels, lorsqu'ils sont pris en considération par le juge, le rejet de l'action. Français, je suis débiteur envers un compatriote d'une somme d'argent à raison d'un prêt. Mon créancier ne me poursuit qu'au bout de trente-cinq ans ; je puis d'abord opposer à la demande des exceptions de procédure, qui, si elles sont admises, auront pour conséquence d'empêcher mon adversaire de faire valoir ses droits en lui fermant l'accès du tribunal : telles sont les exceptions tirées de la nullité d'un exploit introductif d'instance, de l'incompétence du tribunal saisi, de la litispendance ou de la connexité. Dans toutes ces hypothèses je repousse simplement mon créancier en lui disant : « Vous n'êtes pas recevable, le tribunal ne peut vous entendre » ; si, au contraire, ayant échoué sur le terrain de la procédure ou n'ayant fait appel à aucune exception qui en dérive, j'invoque la prescription de l'article 2265, je n'objecte plus au demandeur : « Vous n'êtes pas recevable » ; je me borne à dire au juge : « L'action pouvait être intentée ; le tribunal était valablement saisi ; mais il ne pouvait l'être utilement, puisque le droit du créancier se trouve éteint. » Je pourrais prétendre, de la même manière, que j'ai payé à telle époque ma dette, ou que les conditions nécessaires, aux termes des articles 1289 et suivants du Code civil, pour que la compensation soit opposable, se trouvent réalisées. Jamais on n'a rangé l'exception de paiement ni l'exception de propriété, à l'encontre de l'usurpateur, parmi les moyens de procédure, puisqu'en aucun cas elle n'a pour conséquence d'empêcher le créancier d'obtenir un jugement statuant sur la valeur intrinsèque de la demande ; or la solution admise par les partisans de la *lex fori* conduirait à faire rentrer le droit entier dans la procédure, toutes les défenses ou fins de non-recevoir,

ayant pour conséquence, au même titre que l'exception tirée de la prescription, de détruire l'efficacité juridique de l'action ¹.

Dans ces conditions, il nous paraît que les meilleurs auteurs, en déduisant du brocard « la loi de l'action est la loi de l'exception » la nécessité d'appliquer la *lex fori* pour résoudre, en droit international, le conflit relatif à la prescription libératoire, ont été victimes de l'illusion entretenue par l'analyse superficielle de la notion d'exception. Quoi qu'en ait dit Labbé ², le juge devant lequel on oppose le moyen de défense tiré de la prescription ne ferme pas l'accès du tribunal au demandeur ³; il le déclare mal fondé en sa demande, ce qui est très différent; on peut même conjecturer que si les partisans du système de la *lex fori* n'avaient disposé d'autres arguments que de celui dont nous venons de

1. Cf. Muller, *die Klageverjährung un Internationalen Privatrecht*, p. 11 : « Wer sich auf Verjährung beruft, thut es freilich in der Form einer Exceptio, aber folgt daraus, dass die Verjährung selber eine exceptio ist? Soll man auf Grund der exceptio dominii Eigentum zum Prozenrecht rechnen dürfen! Was ist der Inhalt des Prozenrechtes? Man versteht doch darunter die Rechtsnormen welche die Form regeln, wodurch das bürgerliche Recht durch den Richter zur Geltung gebracht wird. Wollte man bekaupten dass dazu auch die Verjährungsgesetze gehörten, so muss man auch alle übrigen Erlöschungsund Tilgungs gründe zum modus procedendi zählen..., die Ganze Missverständnis beruht Ohne Zweifel auf eine Verwechselung der actio un prozessualen und der actio im privatrechtlichen Sinne. Einmal bedeutete das Wort actio nichts weiter als Klage ausstellung, Ausrufung des Richters. In dieser Bedeutung gehört sie dem formellen Rechte an, und nuss natürlich nach der *lex fori* beurteilt werden. Ausserdem aber hat das Wort actio eine materiellrechtliche Bedeutung, *Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur iudicio persequendi.* »

2. Labbé, S. 69.1.49.

3. On a invoqué, comme argument subsidiaire, en faveur de l'application à la prescription, conçue comme institution de procédure, de la *lex fori*, que cette exception ne touchait pas au fond du droit, puisqu'il subsiste, après qu'elle est devenue opposable, une obligation naturelle. Ce serait donc l'action qui serait détruite; le droit subsisterait. Mais d'une part nous savons que la question de la persistance de l'obligation naturelle est douteuse. (V. ci-dessus ch. 1.) D'autre part, comme l'a fort bien dit M. Méryghnac, « il suffit d'envisager uniquement le résultat certain de la prescription, qui est la perte de l'action en justice, pour demeurer convaincu qu'elle agit sur le fond du droit et non pas seulement sur sa manifestation extérieure. S'il est vrai de dire que l'exception, paralysant l'instance engagée, en laissant la faculté de la reprendre plus tard ou d'en introduire une nouvelle, ne touche qu'à l'action, il est non moins permis d'affirmer que la prescription, véritable défense au fond privant à perpétuité le créancier d'obtenir gain de cause, met en réalité le droit à néant. » (*Comment doit être déterminé le délai de la prescription extinctive en droit international privé*, *Revue critique*, 1884, § 7.)

tenter la réfutation; ils auraient vite aperçu la faiblesse de la déduction; mais à côté d'arguments d'ordre purement verbal, ils invoquaient le droit absolu du législateur de ne reconnaître que pendant un certain temps la faculté pour le créancier de se remplir de ses droits; et sous cette forme, le système de la *lex fori*, trop absolu peut-être, ne présentait pas la même faiblesse. Il y a donc eu une transformation, inconsciente peut-être, mais réelle, dans le système de défense de la *lex fori*. Alors qu'au début, par des formules mécaniques, on rangeait toutes les exceptions dans la procédure, parce qu'elles n'étaient, disait-on, qu'un moyen de paralyser l'action intentée, on a, dans la suite, envisagé la prescription moins dans sa nature que dans le but poursuivi par le législateur qui la consacre; et la valeur moins contestable de ce dernier procédé d'argumentation a fait oublier la faiblesse du premier.

Tel est le point qu'il importait d'abord de dégager. La prescription appartient au fond du droit, et non à la procédure; des deux arguments théoriques qui pourraient motiver un jugement concluant à l'application de la *lex fori*, l'un par conséquent disparaît; admettons, par provision, que l'autre subsiste et que le système critiqué ne recoive aucune atteinte des constatations que nous avons faites. L'idée fondamentale du système est si peu adaptée aux besoins des relations juridiques internationales, que, pour ne pas les méconnaître entièrement, on a dû chercher des palliatifs à la règle impérative qui soumet en toute hypothèse à la *lex fori* la prescription libératoire, et par suite en fait varier le délai avec les changements de domicile. Quelle est la valeur des tempéraments apportés à la formule initiale? C'est ce qu'il y a lieu maintenant de rechercher.

III

Nous savons que le premier moyen employé par les théoriciens de la *lex fori* pour empêcher que le créancier ne soit dépouillé de ses droits *ipso facto*, par un changement de domicile du débiteur, consiste à allonger artificiellement la durée du délai de prescription tel que le détermine la *lex fori*, de telle sorte que le créancier ait toujours le temps d'agir avant d'être forclos: mais, quel

que soit le système adopté, et nous reconnaissons que ceux qui ont été proposés répondent assez bien au but que se sont assigné leurs auteurs, des objections graves sont susceptibles de mettre en doute leur valeur juridique. Nous estimons, en effet, que ces restrictions sont en contradiction avec le système dont elles limitent la portée ; elles sont incompatibles avec le développement logique du système de la *lex fori*.

S'il est vrai, en effet, que l'ordre public s'oppose à ce que le délai de prescription soit autre que celui de la *lex fori*, le fait qu'un changement de domicile a pour résultat de dépouiller le créancier des droits qu'il tenait du contrat ne saurait être un obstacle suffisant pour paralyser l'application stricte de la législation normalement compétente ; pour les jurisconsultes qui ont adhéré au système de la loi du tribunal saisi, le législateur a manifesté son intention de limiter au délai qu'il détermine la durée des actions ; quand il dit que la prescription d'une action est de cinq ans, il prétend, par ce délai, opposer un terme fatal à la demande du créancier, parce qu'à ses yeux, la possibilité pour celui-ci d'exercer, après le moment fixé par la loi, l'action dont il est nanti, aurait les plus graves conséquences pour l'ordre social ; et comme il n'a pas été question de laisser à l'arbitraire du juge le soin de déterminer les délais dans des limites qu'on aurait pu hypothétiquement lui fixer, les dispositions relatives à la prescription ne sauraient être modifiées, sous quelque prétexte que ce soit. On pourrait sans doute concevoir une législation dans laquelle seul le principe de la prescription serait obligatoire, sans que la réglementation fût considérée, comme marquée d'un caractère d'ordre public aussi net ; mais telle ne peut être la conception de la *lex fori*. Supposons que la loi du contrat A stipule un délai de prescription de dix ans ; immédiatement après la conclusion du contrat, le débiteur transporte son domicile dans un pays où il est soumis à la législation B, qui fixe le délai de prescription de la même action à neuf ans et demi ; le changement de domicile a été connu du créancier au moment où il s'est effectué. Dans le système de M. Mercier, le débiteur sera libéré par l'écoulement de ce laps de temps ; il importe peu que la différence entre les deux délais soit réduite à six mois, la loi du contrat ne sera pas applicable : l'action intentée dans le septième mois de la dixième année se heurterait à l'exception de prescription ; ce n'est donc pas

au principe de la prescription seul qu'est attaché le caractère d'ordre public absolu, c'est à la durée du délai elle-même ; un retard de vingt-quatre heures aurait une influence déterminante sur la persistance du droit.

Mais comment concevoir, après cela, qu'on puisse, sans porter atteinte à la volonté du législateur, augmenter, ne serait-ce que de la vingtième partie du délai qu'il a fixé, la durée du droit d'action, dans l'hypothèse spéciale où le changement de domicile après l'accomplissement du délai de la *lex fori* a pour conséquence de paralyser l'action du débiteur ? N'est-il pas plus exact de considérer que le législateur a voulu soumettre à sa propre loi toutes les actions, quelle que soit leur origine, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont intentées ; et n'y a-t-il pas quelque imprudence à invoquer, à l'appui d'une doctrine en contradiction manifeste avec la lettre de la loi, le seul principe d'équité, alors que le législateur, plus autorisé que personne à discerner ce qui est équitable de ce qui ne l'est pas, s'est prononcé en termes non équivoques sur la matière ?

Abstraction faite de l'argument d'équité, les systèmes qui se sont proposé de résoudre les difficultés soulevées par le changement de domicile n'ont pas de fondement sérieux. Dans l'affaire Wierszowski c. Cegielka ¹, le demandeur réclamait devant un tribunal prussien le paiement de fournitures faites à une dame polonaise, et les défendeurs, héritiers de cette personne, invoquaient la courte prescription de deux ans établie par la *lex fori*. Le tribunal supérieur d'Allemagne jugea que la loi prussienne était applicable, mais que le bénéfice de l'exception était subordonné à la preuve que le demandeur avait pu porter son action devant les tribunaux prussiens depuis le moment dont on voulait faire le point de départ de la prescription. Ainsi, pour ne pas permettre aux héritiers de profiter de la législation devenue compétente par la mort de leur auteur et qui, appliquée strictement, aurait paralysé l'action du demandeur, on retardait fictivement le commencement du délai de prescription, en le faisant coïncider avec le jour où la justice prussienne avait pu être saisie du litige. Il est visible qu'un procédé de cette nature n'est qu'un expédient, car le juge allemand n'avait pas à distinguer là où le législateur

1. V. ci-dessus, p. 114.

s'en était gardé ; qu'il s'agisse de droit interne ou de droit international, la prescription commence quand naît l'action ; la suspension et l'interruption sont soumises à des règles rigoureuses et qui nécessitent une interprétation restrictive ; on ne peut suppléer aux textes, même insuffisants, quand la volonté du législateur s'est exprimée clairement.

Le même reproche peut être adressé à l'opinion d'après laquelle une prescription acquise d'après la loi du tribunal primitivement compétent peut être invoquée par le débiteur quand l'action est portée devant un juge dont la loi nationale reconnaît un plus long délai de prescription. Ce juge n'est-il pas en droit de considérer qu'il est contraire à l'ordre public qu'un débiteur puisse se soustraire à toutes poursuites après un délai de dix ans par exemple, alors que la loi locale fixe à trente ans la durée du même délai ? S'il est exact de prétendre que les demandes doivent se heurter aux conditions de temps déterminées par la *lex fori* pour l'exercice des actions ; si, devant le tribunal saisi, le créancier ne peut se prévaloir du délai plus large de la loi du contrat, on n'aperçoit pas pourquoi la législation de ce tribunal consentirait à respecter, lorsque l'action peut être encore intentée, d'après ses dispositions, un droit acquis sous l'empire d'une loi qui permet au défendeur de se libérer dans des conditions plus favorables. L'assimilation de cette hypothèse avec ce qui se passe en droit interne lorsqu'une loi nouvelle modifie le délai d'une prescription déjà acquise d'après l'ancienne loi ne saurait se justifier ; car dans ce dernier cas l'autorité qui décide qu'un délai plus long de prescription serait désormais applicable est la même que celle qui s'était contentée, quelques années auparavant, d'un délai moindre ; dans ces conditions, on conçoit qu'elle ne veuille pas modifier les situations acquises sous l'empire d'une loi qu'elle juge sans doute imparfaite, mais dont elle était l'auteur. Au contraire, en droit international, les souverainetés sont indépendantes ; le législateur qui fixe à trente ans le délai de telle prescription ne doit compte à personne de sa décision. Il n'a pas à prendre en considération les législations étrangères, il les ignore ; il n'a pas à ménager une conciliation entre deux lois successivement compétentes : il ne connaît que sa propre législation. On objectera que le développement en ce sens du principe de la souveraineté législative aboutit à remettre en question tous les droits d'un individu lorsqu'il change de domi-

cile. Il faut l'avouer, une application stricte de la *lex fori* conduit nécessairement à cette conséquence ; le principe lui-même en reçoit peut-être quelque atteinte ; mais il est certain qu'on ne saurait adopter le principe sans accepter ses conséquences ; car leur négation, en enlevant toute solidité au système, atténuerait singulièrement la force des critiques adressées par les partisans de la *lex fori* aux doctrines concurrentes, quand ils reprochent à ces dernières de faire abstraction des principes fondamentaux d'ordre public. Supposons que la loi du contrat fixe à trente ans le délai de prescription d'une action déterminée ; la loi d'un premier domicile du débiteur adopte cette même durée ; au bout de vingt-cinq ans le débiteur change de domicile et va s'établir sur le territoire d'un État dont le législateur estime que dix ans suffisent, dans l'hypothèse en question, pour que la prescription soit acquise. En vertu du principe de M. Mercier, le juge saisi d'une demande en paiement tiendra ce raisonnement : Je ne puis permettre au demandeur de se prévaloir de la loi à laquelle, en contractant, il a soumis sa convention et qui lui semblait devoir régir le délai dans lequel il lui serait permis de faire valoir ses droits, car l'ordre public s'oppose à ce que je reconnaisse le droit d'action d'un créancier, passé le délai de dix ans fixé par ma législation ; mais, d'autre part, la prescription ayant commencé sous l'empire d'une loi qui donne au créancier un délai de vingt-cinq ans pour agir, il serait inique de priver le créancier du bénéfice des cinq dernières années qui restaient à courir, d'après la loi du tribunal primitivement compétent. Aussi bien, vais-je considérer que le point de départ de la prescription a coïncidé avec le jour où le changement de domicile qui a attribué compétence s'est effectué. Le juge pourrait dire aussi : les $\frac{5}{6}$ du délai de prescription s'étant écoulés, d'après la première législation, il en reste $\frac{1}{6}$ à courir d'après la mienne ; par conséquent, dans vingt mois seulement, le créancier sera forclos. Le résultat de ces applications est à retenir : dans le premier cas l'action pourra être intentée trente-cinq ans après le point de départ de la prescription ; dans le second le délai sera réduit à vingt-six ans huit mois ; mais il est permis d'estimer qu'il y a contradiction à rejeter la loi du contrat, pour des raisons d'ordre public, parce que le délai qu'elle fixe dépasse de vingt ans celui de la *lex fori*, pour adopter un système qui aboutit à consacrer un délai de dix-

sept ou vingt-cinq ans supérieur à celui de la *lex fori*, supérieur même de cinq ans, dans une hypothèse, à celui de la *lex contractus*. Ceci nous dispense par conséquent de nous prononcer entre les différents systèmes qui ont été proposés ; qu'ils invoquent à leur appui des solutions analogues de droit romain, ou de droit interne contemporain, ils ne parviennent à protéger le créancier contre un changement de domicile du débiteur que par une renonciation complète au principe de la *lex fori*.

Remarquons enfin que ces tentatives doctrinales n'ont pas eu d'écho en jurisprudence. Sauf les deux ou trois exceptions que nous avons signalées, toutes les fois que les tribunaux ont eu égard au système de la *lex fori*, ils ont appliqué intégralement ses dispositions sans restrictions ni atténuations d'aucune sorte, et les auteurs qui admettent, aujourd'hui encore, que l'application de la *lex fori* se légitime dans certains cas par exception à l'application de la *lex contractus* jugée normalement compétente, estiment que le délai accompli est fatal.

Recherchons maintenant quelle est la valeur juridique de cette proposition que nous avons rencontrée chez certains auteurs : « Seule, la prescription proprement dite est soumise à la *lex fori* ; les déchéances se règlent selon la loi du contrat. Toutes les fois que dans une convention les parties stipulent sur la durée de leurs droits, la clause insérée au contrat doit être interprétée comme établissant, à l'encontre de l'exercice du droit, un délai de déchéance ; elle dépend donc du droit matériel, et par suite son contenu est soustrait à l'application de la *lex fori*. »

IV

La question se divise en trois parties. On doit se demander d'abord s'il est possible de concevoir que le temps agisse sur certains droits dans des conditions telles que les règles ordinaires de la prescription se trouvent écartées. En second lieu, si l'on admet que les droits ou facultés peuvent s'éteindre, selon les cas, par déchéance ou par prescription, il faut rechercher dans quelle mesure les Codes ont consacré cette différence entre les modes d'action du temps sur les droits. Enfin, nous examinerons si la distinction entre les déchéances et les prescriptions est sus-

ceptible de conduire à des résultats opposés, selon que l'on envisage le conflit relatif à l'une ou à l'autre de ces institutions.

I. — Sur le premier point, pas de doute. On peut facilement concevoir que la prescription soit affectée de modalités telles qu'elle perde l'aspect général dont les Codes l'ont revêtue.

La prescription est acquise au débiteur, lorsqu'un certain laps de temps fixé par la loi s'est écoulé, à moins que certaines causes de suspension n'aient paralysé son cours; d'autre part, la prescription n'opère pas de plein droit; il faut qu'elle soit opposée par la partie qui désire s'en prévaloir; or on peut très bien imaginer une institution qui consacrerait d'une façon plus énergique, plus efficace, l'action du temps sur le droit, qui n'admettrait pas que la prescription pût être suspendue, qui reconnaîtrait au juge le droit de suppléer dans tous les cas au silence du débiteur.

On comprend que le législateur ait jugé équitable de ne pas permettre, en certaines hypothèses, que la prescription fût opposable à des individus qui se trouveraient dépouillés de leurs droits, sans qu'il leur ait été matériellement possible d'y faire obstacle; l'ordre public, en effet, s'il a intérêt à voir les situations litigieuses ou équivoques laisser place, au bout d'un certain temps, à des situations nettement définies ne saurait, sous ce prétexte, consacrer de véritables brigandages, quiferaient payer chèrement, par les désordres dont ils seraient accompagnés ou suivis, l'avantage recherché de la stabilité du droit. Du reste, pour empêcher que la multiplicité des causes de suspension n'arrête le fonctionnement de l'institution, le législateur dispose d'un procédé très simple, et qu'il n'a eu garde de ne pas employer: rendre obligatoire pour le juge l'interprétation restrictive des dispositions relatives aux causes de suspension; on conçoit plus mal, nous aurons l'occasion de le constater en essayant de déterminer dans quelle mesure la prescription est une institution d'ordre public, que les législations modernes n'aient pas permis au juge de suppléer d'office le moyen de défense tiré de la prescription.

Mais on peut supposer, cependant, que le législateur estime, à tort ou à raison, qu'il existe un intérêt supérieur à opposer à l'exercice de certains droits un terme fatal, qui doit être fixé une fois pour toutes, sans que les circonstances au milieu desquelles le délai est appelé à courir puisse modifier en quoi que ce soit sa

durée. Et le législateur pourrait décider que la renonciation expresse ou tacite à la prescription ne saurait être prise en considération par le juge, dès que le délai légal est expiré. Dans ce cas, le droit ne peut être exercé que pendant un certain laps de temps ; après le délai imparti par la loi, rien ne subsiste ; ce n'est plus une simple paralysie du droit ; il y a destruction complète et irrémédiable de ce droit.

Dès lors on aperçoit qu'il n'est pas possible d'affirmer *a priori* que l'on doive ranger les délais légaux en deux classes nettement délimitées, si l'on entend par déchéance toute institution ayant pour but de consacrer l'action du temps sur les droits dans d'autres conditions que la prescription ordinaire, telle qu'elle est généralement conçue : il n'y a pas un type unique de déchéance à opposer à la prescription ; il paraît, au contraire, qu'il peut exister une variété de déchéances allant, en nuances, presque indiscernables, de la prescription proprement dite, susceptible de suspension, et qui peut être l'objet d'une renonciation, à la déchéance proprement dite, caractérisée par cette circonstance que le délai légal étant expiré, le droit est irrémédiablement anéanti et ne saurait être pris en considération par le juge, à quelque titre et sous quelque prétexte que ce soit. Aussi, avant de se demander si tels ou tels délais sont des déchéances ou des prescriptions, est-il strictement logique de rechercher comment le législateur a conçu ces deux aspects de la même institution. Il ne s'agit pas, en effet, de construire en marge du Code une théorie des déchéances et des prescriptions. Il faut avant tout préciser ce que le législateur a voulu.

II. — Or non seulement nous ne trouvons pas trace, dans la loi ou dans les travaux préparatoires, de la nécessité de distinguer entre les déchéances et les prescriptions, conçues comme institutions irréductibles, mais encore il paraît certain que l'ancien droit ne considérait pas qu'il y eût de différence substantielle entre elles. On soutint, dès 1810, que le Code civil n'autorisait pas la confusion entre les deux modes d'extinction des droits, et qu'en définissant la prescription « un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain temps », il excluait de cette formule la déchéance. Mais Merlin répondit avec raison qu'il l'y comprenait, au contraire, puisque la déchéance est un moyen de se libérer d'un droit, d'une faculté ou d'une exception dont on serait passible si le

temps fixé pour son exercice n'était pas expiré. Il en concluait, très logiquement, qu'il peut exister diverses modalités de la prescription, mais qu'en principe les déchéances étaient susceptibles de l'application de toutes les règles propres aux prescriptions libératoires, à moins que la loi n'en ait disposé autrement, soit en termes exprès, soit d'une manière implicite, par rapport à quelques-unes. Si telle a été la pensée du législateur, — et rien ne prouve qu'il n'en soit pas ainsi, — on devra, à propos de chaque délai, se demander si le législateur a entendu consacrer la non-application des règles qui régissent généralement la prescription, et dans quelle mesure. Malheureusement il est très difficile de trouver un criterium qui permette de distinguer les cas où la loi a voulu consacrer une prescription proprement dite des hypothèses où elle a restreint la faculté que possèdent les parties, dans les termes du droit commun, de pouvoir invoquer certaines causes de suspension survenues à leur profit, ou de renoncer à la prescription d'un droit qui, à raison du délai expiré, ne leur est plus opposable. Nulle part les Codes n'opposent les déchéances aux prescriptions. En matière de délais de procédure, le doute, à vrai dire, n'est guère possible. La tradition indique suffisamment le parti qu'il convient de prendre ; et certains articles du Code de procédure civile (art. 336, 755 § 1, 756, 776) fixent les conditions d'application des déchéances qu'ils prononcent. Mais dès que nous touchons aux délais impartis par le Code civil pour l'exercice des actions, il devient presque impossible de déterminer avec certitude si nous nous trouvons en présence d'une prescription ou d'une déchéance, et, dans ce dernier cas, de quelle espèce de déchéance il s'agit. Tous les auteurs, et ils sont nombreux, qui ont tenté la classification, se sont heurtés, pour justifier leur choix, à de telles difficultés qu'on ne saurait voir dans leurs dissertations que des affirmations pures et simples suggérées peut-être par l'intuition des nécessités pratiques auxquelles l'adoption de telles ou telles règles de la déchéance, dans l'application d'un délai déterminé, pourrait satisfaire, mais impropres, dans tous les cas, à convaincre par leur valeur logique.

MM. Aubry et Rau ont tenté de serrer de près la difficulté, et leur criterium est le suivant : « Quand la loi, par des raisons particulières tenant au caractère de l'action et à la nature des faits ou rapports juridiques qui y donnent naissance, ne l'a accordé

qu'à la condition de son exercice dans un temps déterminé d'une manière préfixe, l'expiration de ce temps emporte une déchéance et ne constitue pas une véritable prescription extinctive ¹. »

Les auteurs ajoutent que le délai préfix agit indépendamment de toute considération de négligence ou de renonciation, de la part de celui contre qui l'action est intentée. Mais ce ne sont pas là des éléments caractéristiques ; le criterium est inexact ou insuffisant, car la prescription éteint le droit comme l'action ; un droit sans action n'est pas, à proprement parler, un droit. D'autre part, nous avons déjà vu que le principe de la prescription extinctive, contrairement à une opinion très répandue, ne se rattache pas à l'idée que la négligence du titulaire de l'action doit être punie ; par conséquent, même lorsqu'il paraît évident que le législateur a entendu ne pas rattacher une prescription déterminée à la négligence du créancier, mais qu'il en a fait au contraire la conséquence de l'écoulement d'un certain laps de temps, il peut s'agir sans contradiction d'une prescription proprement dite. Au surplus, il existe si peu de différence essentielle entre les déchéances et les prescriptions, que MM. Aubry et Rau ont pu écrire qu'il est possible en général d'appliquer aux déchéances les règles relatives à la prescription : c'est donc que la similitude entre les deux institutions est de principe ².

Dans ces conditions, nous n'admettons pas, pour les raisons données par MM. Aubry et Rau, que les articles 181, 183, 316, 559, 809, 880, 957, 1622, 1648, 1676, 1792, 1854 C. civ., 5 et 6 de la loi du 2 août 1884, édictent des déchéances, plutôt que des prescriptions, surtout si l'on prétend que la déchéance constitue une institution unitaire qui donnerait ouverture à une action, tandis que la prescription n'engendrerait qu'une exception, qui opérerait de plein droit, courrait contre les majeurs et ne serait pas suspendue entre époux. Pour les articles 809 et 880, il ne saurait y avoir de doute, puisque le législateur lui-même a parlé de prescription. Mais, dans tous les autres cas, on ne saurait conclure qu'il s'agit de déchéance et non de prescription, sous le prétexte que le législateur a dit « qu'une action doit être intentée » (art. 1622) ou « qu'une action devra être formée » (art. 957) dans tel délai. L'interprète

1. Aubry et Rau, VIII, § 771, p. 426.

2. Note de M. Tissier, S. 1907.1 41.

doit rechercher dans toutes ces hypothèses, en se servant d'une méthode d'interprétation rigoureuse, où l'étude des précédents historiques immédiats, notamment, jouera un rôle important, si certaines règles de la prescription doivent être écartées ; dans le doute il appliquera purement et simplement au cas douteux toute la réglementation de l'institution type. Il se gardera, en principe, de ces affirmations vagues qui contribuent à jeter le trouble sur les notions les plus claires et tendent à enlever au droit son caractère scientifique.

Dans ces conditions, nous estimons que les délais conventionnels qui comportent abréviation des délais légaux ne sont pas des délais préfix, mais de véritables prescriptions qui ne diffèrent de la prescription légale que par la durée du délai ; une législation peut permettre expressément ou tacitement l'abréviation du laps de temps requis pour prescrire, sans pour cela modifier la nature de l'institution elle-même. D'ailleurs, rien dans le Code civil français ou dans le Code civil allemand ne nous autoriserait à consacrer dans cette application la distinction entre la déchéance et la prescription, en admettant qu'elle fût possible : *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*.

Les arguments fournis par M. Mercier à l'appui de sa thèse ne nous ont pas convaincu. « L'on ne voit pas, dit-il, dans quel but les parties fixeraient un délai de prescription inférieur à celui de la loi ; à l'instant où elles concluent un contrat, les parties ont, en apparence tout au moins, l'intention d'exécuter leurs engagements, et l'on ne conçoit pas qu'à ce moment elles introduisent dans leurs conventions une clause qui faciliterait la violation du lien de droit en fournissant au contractant de mauvaise foi le bénéfice d'une courte prescription. Ce que l'on conçoit parfaitement, c'est que les parties imposent des conditions de temps à leurs obligations réciproques ; mais alors il s'agit de délais préfix, de délais de déchéance, et non plus de prescription. » Nous avouons ne pas saisir la distinction, car, qu'est-ce qu'imposer à une obligation des conditions de temps, sinon introduire dans la convention une clause qui facilitera la violation du lien de droit existant entre les parties ? Dans les deux cas, un droit naît au profit d'une personne ; dans les deux cas, celle des parties contractantes qui est en droit d'exiger une prestation se verra opposer une fin de non-recevoir. D'autre part, dire que l'on doit toujours, en cas d'abrévia-

tion conventionnelle des délais, décider que les parties ont voulu stipuler un délai de déchéance et non un délai de prescription, parce que seul le délai de déchéance, n'étant pas susceptible de suspension, peut réellement profiter au débiteur, nous paraît une pétition de principe ; car conclure, de la suspension possible du délai de prescription abrégée, à l'inutilité de l'abréviation, revient à nier l'efficacité des délais légaux de prescription comme moyens de libération, ce qui ne laisse pas d'être paradoxal ; d'ailleurs il n'est pas possible de se rendre compte pour quelle raison le juge admettrait, à défaut de stipulation expresse des parties, que l'abréviation des délais implique nécessairement renonciation à toutes les causes de suspension dont peut bénéficier le créancier.

Le législateur, en accordant la faculté d'abréger les délais, ne touche qu'à un élément de la prescription, le délai ; les autres restent intacts. Sans doute, nous le verrons plus loin, il n'est peut-être pas contraire à l'intention de la loi qu'en certaines circonstances les parties, à l'exemple du législateur lui-même, ne stipulent une renonciation au bénéfice de la suspension, de certaines causes d'interruption, et n'interdisent la renonciation à la prescription acquise. Mais ces dérogations au droit commun ne sauraient se présumer. Nous dirons donc, en prenant le contre-pied de la formule de M. Mercier, et sauf les réserves que nous serons appelé à faire sur la licéité de ces renonciations, que si le cas se présentait et qu'il fût indubitable que l'intention des parties a été de fixer un délai de déchéance, il y aurait déchéance conventionnelle.

III. — Enfin et surtout nous ne comprenons pas pourquoi le législateur aurait imprimé à la prescription de l'action un caractère d'ordre public et considéré comme légitime que, dès qu'il s'agit d'un délai de déchéance, la durée des droits peut être abandonnée à la libre volonté des parties, dans des conditions telles qu'elles puissent stipuler un délai plusieurs fois supérieur aux plus longs délais de prescription. En fixant à trente ans la durée extrême de la prescription, le législateur allemand et le législateur français ont estimé que l'exercice, au-delà de ce délai, de l'action résultant du contrat ne pouvait qu'avoir des conséquences funestes pour la sécurité des relations juridiques, nécessaire à la stabilité économique de l'État. S'il est stipulé par contrat une déchéance dont le délai est fixé à soixante ans, l'incertitude du droit n'est-elle pas aussi

grande, aussi dangereuse, pendant les trente dernières années du délai, que s'il s'agissait d'un délai de prescription de même durée ? En admettant que certaines obligations s'éteignent par une cause « qui tient à leur essence », alors que d'autres s'éteignent « à raison d'une cause extérieure, qui ne tient pas à leur nature propre », il n'y a pas de raison d'affranchir, dans le premier cas, l'obligation des principes généraux du droit, en lui conférant une durée presque illimitée. Dans une matière comme la nôtre, il s'agit moins de raisonner sur des mots que de déterminer le but de l'institution et de ne jamais le perdre de vue ; par suite, s'il résulte clairement des dispositions contenues dans les différents Codes que les législateurs ont voulu limiter la durée de tous les droits et ne soustraire de la règle commune qu'un petit nombre d'exceptions limitativement énumérées, la distinction proposée s'évanouit.

En résumé, il n'y a pas lieu d'établir de différence substantielle entre la prescription et les différentes espèces de déchéances que l'on peut concevoir en retranchant à l'institution type l'un ou l'autre de ses éléments ; il n'y a là que des aspects différents d'une même institution. La répartition des délais en deux catégories n'a jamais constitué qu'un procédé ingénieux pour affranchir des règles du droit commun certains de ces délais. En droit interne, on l'a utilisé, soit pour soustraire certaines prescriptions, abrégées conventionnellement, aux règles ordinaires de la suspension ou de l'interruption, soit pour essayer d'échapper aux dispositions légales qui interdisent, dans plusieurs législations, une abréviation des délais légaux de prescription. En droit international, la distinction a permis aux partisans de la *lex fori* de remédier dans une certaine mesure aux inconvénients fâcheux relativement à la stabilité du droit des changements de domicile ; il est facile, en effet, par une extension sans cesse plus considérable du domaine des délais préfix, de bénéficier, dans un grand nombre de cas, des avantages du système de la *lex contractus*, et sans avoir recours à des prolongations de délais difficiles à justifier et d'un emploi incertain. En droit interne, comme en droit international, la distinction est mal fondée ; elle est née d'une illusion juridique, que favorisaient singulièrement, il faut le reconnaître, des nécessités d'ordre pratique ; mais dès lors que d'autres systèmes nous permettent d'obtenir les mêmes avantages, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours aux mêmes incorrections de raisonnement, nous

préférons rejeter purement et simplement une distinction qui théoriquement est inexacte, et pratiquement, à raison de l'impossibilité presque absolue de classer les délais en deux catégories, ne saurait conduire à des solutions précises. — Ce que nous disons de la différence entre la prescription libératoire et les délais légaux en droit français s'applique, par identité de motifs, à toutes les autres législations ¹.

V

De ces développements nous pouvons conclure que le système de la *lex fori* soulève, au point de vue pratique, les objections les plus graves et que ses partisans ont essayé en vain d'y remédier.

Leurs restrictions, leurs atténuations, fondées sur la méconnaissance du principe même d'où partent leurs développements, ou sur des distinctions verbales, nuisent à l'unité de la doctrine, à sa rigueur logique. En général, la jurisprudence n'y a pas eu égard ; elles ne sauraient engendrer qu'hésitation ou incertitudes. Et la position que nous prenons sur ce point est très nette : si la suite de ces développements devait nous conduire à cette constatation que la *lex fori* est applicable en toutes hypothèses à la prescription conçue comme institution de droit matériel, nous ne pourrions admettre ni les procédés employés par les auteurs, en cas de prescription proprement dite, pour pallier aux conséquences des changements de domicile, ni les conséquences du système qui admet l'existence de déchéances, distinctes des prescriptions, et que leur nature propre devrait soustraire à la compétence de la *lex fori*. Si la *lex fori* est applicable, elle est applicable sans restrictions ni réserves. Une solution médiocre n'est-elle pas préférable à une solution incertaine ?

Reste une dernière difficulté, et qui est capitale. — Nous avons supposé, jusqu'à présent, afin de pouvoir embrasser le développement de la doctrine dont nous essayons la critique, que la *lex fori* était applicable à la prescription libératoire ; il s'agit maintenant, par application pure et simple de ce que nous avons dit plus haut, de savoir si cette hypothèse est vérifiable. Nous avons vu,

1. V. notamment, Jourdan, *op. cit.*, p. 271.

au cours de notre esquisse de la méthode applicable à la recherche des solutions de droit international, que l'on était dans l'obligation, à propos de tout conflit de lois, de rechercher dans quelle mesure l'ordre public n'exigeait pas la substitution des dispositions légales de la *lex fori*, à celles qu'il semblerait normal d'appliquer, comme solution véritablement internationale du conflit. Il convient donc de préciser ce point de vue, eu égard au problème que nous envisageons et aux développements que nous avons déjà présentés.

Il résulte de la première partie du présent chapitre que la prescription n'est pas une institution de procédure. Elle ne dépend donc pas, comme telle, de la *lex fori*. Nous savons pourquoi la loi du domicile du débiteur, la loi du lieu du paiement ne lui sont pas applicables ; elle sera régie, en principe, par la loi du contrat. Il est naturel que les parties, en contractant, aient entendu s'en référer à un délai qui limite la durée de l'exigibilité de leurs obligations réciproques ; si elles ont convenu d'une loi pour y soumettre leurs conventions, il n'est pas douteux que c'est au délai de prescription de cette loi que les parties ont eu égard ; si rien n'a été stipulé quant à la loi du contrat, et que faute d'indices suffisants on en soit réduit à des présomptions, ce sera nécessairement la loi sous l'empire de laquelle les parties sont présumées avoir contracté qui déterminera pendant quelle durée pourront être exercées les actions nées du contrat ¹. Les parties n'ayant pas pris

1. C'est au système de la *lex contractus* que se rattache l'opinion de Laurent : « Pour déterminer la loi qui régit la prescription extinctive, je prends comme point de départ le motif sur lequel, à mon avis, la prescription est fondée ; c'est l'intérêt, pour mieux dire, le droit de la société. Or quelle est la société qui est le plus intéressée à ce que les actions aient une limite certaine ? C'est celle où l'action prend naissance, et elle naît avec l'obligation. C'est donc la loi du lieu où l'obligation se forme qui doit régler la prescription. On peut dire, par comparaison, que là est la situation de l'obligation, puisque c'est là où elle naît, et qu'elle donne au créancier le droit d'agir ; partant, c'est au législateur de ce lieu de déterminer la durée de l'action, la société étant intéressée à ce que l'action, dès qu'elle prend naissance, ait une fin certaine. » (*Droit civil international*, VIII, §§ 234 et 235, et *Avant-projet de revision du Code civil belge*, sect. IV, art. 26.) Il suffit de lire le passage pour s'apercevoir que ce raisonnement constitue un véritable paralogisme. Il est exact que la prescription est une institution de salut public ; mais s'ensuit-il nécessairement que l'État qui a le plus d'intérêt à la prescription de l'action soit celui où l'action se forme ? Rien ne le prouve. Outre que Laurent attribue une importance exagérée au lieu où le contrat est passé, dans la détermination de la loi qui le gouverne, il est certain que l'État qui a le plus d'intérêt à repousser l'action

la précaution de s'entendre sur la fixation de la loi selon laquelle elles contractent, l'une d'elles peut se trouver repoussée dans sa demande par une exception qui lui est opposée à un moment où elle pensait disposer encore d'un certain délai pour exercer son droit ; mais le cas, à notre avis, n'est pas intéressant ; car si la « victime », par hypothèse, n'a pas pensé à la prescription, elle ne peut compter sur aucun délai ; d'autre part, le principe de la prescription a un caractère si général que nul ne doit l'ignorer, et celui qui a commis la négligence de ne pas s'assurer en contractant, ou postérieurement à la formation du contrat, du délai qui lui est accordé pour intenter utilement son action, est mal venu à se prévaloir de cette négligence pour rejeter les conséquences qui en dérivent nécessairement.

Mais le problème n'est pas pour cela résolu. De ce que les prescriptions établies par la loi ou les délais conventionnels qui les abrègent ou les allongent dépendent de la loi du contrat, il ne s'ensuit pas fatalement que la loi du tribunal saisi ne puisse apporter certaines restrictions à son application intégrale. Si la prescription est une institution d'ordre public, la *lex fori* reprendra son empire, et, par conséquent, bien que la prescription n'appartienne pas à la procédure, bien que la solution qui en soumet le régime à la *lex contractus* soit la meilleure, au point de vue international, parce qu'elle soustrait la détermination des délais à l'influence des changements de domicile, les inconvénients que nous avons signalés pourront reparaître. Ils reparaîtront avec la même force que dans le cas où l'on applique la *lex fori*, comme loi normalement compétente ; si la loi du contrat régit la prescription, sauf les restrictions résultant de l'ordre public, il est certain que la détermination des causes de suspension ou d'interruption sera soumise, elle aussi, à l'influence de la loi du tribunal saisi, en tant que l'application d'une autre législation aurait la conséquence indirecte d'influer sur la durée des délais. Sans doute, s'il s'agit, à propos de la suspension résultant de la minorité, d'apprécier à

n'est pas toujours celui d'après la législation duquel le contrat est régi. Si la *lex fori* édicte un délai de prescription de dix ans, alors que le délai de la *lex contractus* est de vingt ans, l'État dont les juridictions sont saisies du litige sera en droit de prétendre que c'est lui qui a le plus d'intérêt à la prescription de l'action. La déduction de Laurent est donc manifestement inexacte. Cf. Mercier, pp. 86-87. Voir aussi Aubry, de la Notion de territorialité en droit international privé, Clunet, 1901, p. 263.

quel âge le créancier qui l'invoque est majeur, il y aura lieu d'avoir égard à sa loi nationale ; mais si la *lex contractus* contient des causes d'interruption ou de suspension qui ne se rencontrent pas dans la *lex fori*, elles seront certainement éliminées par le juge comme contraires à l'ordre public, et inversement le créancier sera recevable à invoquer des causes d'interruption ou de suspension contenues dans la *lex fori*, mais inconnues de la loi du contrat. On voit, par conséquent, tout l'intérêt de la question ; admettre le principe de l'application de la loi du contrat, et subsidiairement, reconnaître la compétence de la loi du tribunal saisi pour des raisons d'ordre public, c'est en revenir purement et simplement au système de la *lex fori*¹.

Certains auteurs, cependant, n'ont pas tenu compte de l'influence possible de l'ordre public sur la solution du conflit ; ils ont considéré qu'il leur suffisait de montrer les inconvénients pratiques du système de la *lex fori*, pour justifier l'application de la loi du contrat, en toutes hypothèses. La solution, en elle-même, n'est peut-être pas inexacte ; mais elle a besoin d'être démontrée ; si on laisse intacte l'objection de l'ordre public, on abandonne peut-être, faute d'une analyse suffisante, entre les mains du débiteur qui cherche à se soustraire à des poursuites légitimes, un argument péremptoire.

C'est ainsi que Savigny n'avait pas prévu, en matière de prescription, l'influence possible de l'ordre public. Ayant posé sous son jour véritable le problème des conflits de lois², il pensait que le juge devait, en règle générale, résoudre les difficultés qui s'y rattachent par application du droit « local » ; mais qu'il était contraint, en présence de certaines lois de « nature spéciale », de prendre uniquement en considération le droit national.

1. Admettent l'application de la loi du contrat, sous réserve de l'ordre public international, et considèrent l'admission d'un délai plus long que celui de la *lex fori* comme contraire à cet ordre public : Aubry et Rau, 5^e éd., t. I, § 31, p. 165 ; Aubry, Clunet, 1896, p. 474 ss. ; Despagnet et de Boeck, Roguin, *aff. Semelet c. Boursetty* (V. ci-dessus, p. 138) ; A. Weiss, IV, 386. Toutefois ce dernier auteur n'est pas très affirmatif : « L'ordre public international, dit-il, nous paraît demander que le délai de la prescription, applicable à l'obligation gouvernée par une loi étrangère, ne soit jamais supérieur au délai imparti par la *lex fori*. M. Pillet, dans son système de la *lex domicilii debitoris*, a admis une restriction semblable, Clunet, 1896, 17. Il l'admet aussi dans le système que nous exposons ci-après.

2. Savigny, *op. cit.*, VIII, au début.

La détermination de ces lois rigoureusement obligatoires n'est pas aisée, Savigny en convient ; on ne peut se contenter, pour y parvenir, de la distinction entre les lois supplétives et les lois absolues, car s'il est vrai que jamais une règle supplétive ne peut être rangée au nombre des dispositions qui nécessitent l'application exclusive de la *lex fori*, toutes les lois « absolues » ne le sont pas au même titre, quelques-unes d'entre elles seulement s'appuient sur des raisons assez graves pour s'imposer au juge dans une contestation où les règles ordinaires du conflit conduiraient à l'application de la loi étrangère. Quel est donc le criterium de la distinction ? Si le législateur s'est exprimé en termes non équivoques sur la question, la solution n'est pas douteuse. « Pour savoir si une loi rentre dans les cas exceptionnels, il faut avant tout rechercher l'intention du législateur. S'il l'a exprimée formellement, cette déclaration suffit, car elle a le caractère d'une loi sur la collision à laquelle on doit toujours une complète obéissance. » Mais cette volonté est rarement exprimée ; comment y suppléer ? On devra distinguer entre les lois absolues, « qui sont faites uniquement dans l'intérêt des personnes titulaires du droit », et celles qui ne remplissent pas ces conditions. Ces dernières « peuvent avoir pour base un motif moral : telle est la loi qui prohibe la polygamie, ou être dictées par un motif d'intérêt général (*publica utilitas*), soit qu'elles revêtent un caractère politique, de police, ou d'économie politique ». Ceci posé, il semblerait que Savigny ait dû rechercher, après avoir déterminé le droit « local » de chaque rapport juridique, si la solution obtenue n'est pas précisément l'une de celles auxquelles il convient d'appliquer la règle exceptionnelle qui donne compétence à la loi du tribunal saisi. Au moins en ce qui concerne notre question, il n'a pas usé de cette méthode. Alors qu'il établit ¹ que le motif le plus général et le plus décisif de la prescription est de « fixer les rapports de droit incertains, susceptibles de doutes et de contestations en renfermant l'incertitude dans un laps de temps déterminé, il ne songe pas, en se prononçant sur le problème de la prescription en droit international privé, que si la prescription est de droit matériel et se règle en conséquence d'après la loi que les parties ont volontairement choisie pour y soumettre leurs conventions, certaines dispositions

1. Savigny, *op. cit.*, V, p. 274.

échappent à l'application de la législation normalement compétente, parce que la législation appelée à trancher le litige les considère comme appartenant aux institutions d'ordre public, et que la prescription pourrait, étant donnés les motifs qui la justifient à ses yeux, appartenir à la catégorie des lois dictées par un motif d'intérêt général (*publica utilitas*).

Par suite, la dissertation de Savigny est incomplète, et il y a lieu de considérer que le problème n'est pas entièrement élucidé par ceux qui s'en tiennent à l'application exclusive de la loi du contrat. Leurs déductions sont exactes lorsque, séparant le fond du droit de la procédure, ils décident que la prescription est une institution de droit matériel ; mais ils ne nous font pas connaître si la prescription n'est pas d'ordre public, au même titre que les lois de procédure ; sur ce point, par conséquent, le système de la *lex fori* reste intact. La même remarque pourrait s'appliquer, nous le savons, pour identité de motifs, aux auteurs qui voient, dans ce qu'ils appellent la déchéance, une institution de droit matériel ; en disant que la déchéance est une cause d'extinction inhérente au droit, on ne démontre pas qu'elle est soustraite à la *lex fori*.

Nous sommes donc conduits à la solution théorique suivante : la loi qui régit la prescription libératoire en droit international privé est en principe la loi du contrat. Tout autre système repose sur une analyse inexacte de la nature de l'institution envisagée ; toutefois, conformément au principe général de la solution des conflits de lois, cette solution n'est exacte que dans la mesure où le résultat auquel elle conduit n'est pas en contradiction avec une disposition d'ordre public applicable aux étrangers, selon la *lex fori*. Par cette formule, cependant, toutes les difficultés ne sont pas éliminées ; car si elle est exacte en tant que principe général de la résolution du conflit de lois en matière de prescription, elle ne permet pas de connaître les résultats pratiques qui pourront être consacrés par les tribunaux d'un État déterminé, quand la difficulté se présentera devant leur juridiction. A l'aide des matériaux dont nous disposons actuellement, nous serions en mesure d'affirmer, devant un tribunal, que sauf les restrictions dérivant de l'ordre public, selon la conception de l'État où le litige est né, c'est la loi du contrat qui doit en décider.

Mais il nous serait impossible de connaître la solution précise

qui doit intervenir dans l'hypothèse où, par exemple, les délais de la loi du contrat sont plus longs que ceux de la loi du tribunal saisi : nous ne pouvons apprécier encore la portée pratique du principe que nous posons. Il ne suffit pas, en effet, de décider, comme on l'a fait parfois, que la prescription étant en droit interne d'ordre public, et dans les rapports de droit international, d'ordre public absolu, le droit pour les particuliers de se réclamer du délai de prescription de la loi du contrat ne se trouve mis en échec que dans le cas où la même obligation, d'après la *lex fori*, est soumise à un plus court délai ; la solution est peut-être exacte, mais on ne saurait procéder d'intuition en ces matières ; la distinction de l'ordre public interne et de l'ordre public applicable aux rapports internationaux est si délicate, le criterium de la distinction est si variable, et dans le temps et dans l'espace, qu'on ne saurait prendre trop de précautions avant de rien affirmer. Le droit renferme, au surplus, de ces institutions contradictoires dont il est malaisé de déterminer le caractère, parce que le législateur, ayant rattaché l'institution à un principe qui devrait logiquement conduire à certaines conséquences, regrette en quelque sorte sa hardiesse, et entoure ce principe de restrictions qui en altèrent profondément la nature. Ces restrictions peuvent se justifier pour des raisons d'équité ou d'utilité, mais elles rendent particulièrement difficile l'application à l'institution envisagée des règles du droit international. A plus forte raison, lorsque la jurisprudence accentue le caractère contradictoire des dispositions légales ¹.

Notre méthode de recherche se trouve ainsi toute tracée. Si les

1. Sauf les restrictions que nous indiquerons plus loin, le problème de la prescription, en matière de change, se pose dans les mêmes termes que pour les contrats ordinaires et a donné lieu aux mêmes controverses. (C. P. Esperson, *Diritto cambiario internazionale*, Florence, 1870, p. 54 ss. (*lex contractus*) ; Fœlix, I, p. 241 (*lex domicilii debitoris*) ; Testoud, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1882, p. 415, notice sur le *Traité de droit commercial* de MM. Lyon-Caen et Renault (*lex domicilii debitoris*) ; Chrétien, *Étude sur la lettre de change en droit international privé*, 1881, p. 207 (*lex fori*) ; Despagnet, 3^e éd., n^o 348, p. 660 ; J. Champcommunal, *Étude sur la lettre de change en droit international privé*, extrait des *Annales de droit commercial*, 1894, p. 58 ss. (*lex contractus*) ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, IV, p. 570 ss. (l. c.) ; Beauchet, *du Droit allemand sur les conflits en matière de lettres de change. Annales de droit commercial*, 1888, p. 71 ss. (l. c.) ; Rienze et Brachmann, dans *Endemanns Handbuch für Handelsrecht*, p. 24, t. IV, 2^e, p. 311 (l. c.) ; Waechter, *Wechselrecht des deut. Reichs* (l. c.) ; Borchardt, *Die allgemeine deutsche Wechselordnung*, p. 322 (l. c.) ; Brocher,

solutions normalement applicables ne doivent être écartées que lorsqu'elles s'opposent à l'ordre public international ; si leur application, au contraire, peut être maintenue, lorsqu'elles sont simplement en contradiction avec l'ordre public interne, nous devons rechercher, dans un premier chapitre, ce que l'on entend par

Étude sur la lettre de change dans ses rapports avec le droit international privé, Revue de droit international et de lég. comp., 1874, p. 229 ; C. Norsa, *Jurisprudence italienne, Revue de droit international*, 8, 1875, p. 466, Weiss, IV, 449 ; L. von Bar, *Theorie und Praxis...*, II, pp. 171-173, etc.) Toutefois dans le dernier état de la doctrine, les auteurs s'accordent à reconnaître que c'est la loi du contrat, c'est-à-dire, selon la doctrine généralement admise, la loi du lieu du contrat, qui doit déterminer le délai de recours : et les auteurs qui se sont prononcés pour cette solution repoussent généralement toute restriction au principe qui pourrait résulter de l'ordre public international. (Champcommunal, *op. cit.*, p. 59, note 1 ; Lyon Caen, 4^e éd., IV, 571, note 2.)

Cela se comprend facilement ; l'application de la loi du contrat ne supprimant pas toutes les difficultés, il est naturel qu'on les élimine dans la mesure du possible, et que notamment la détermination du délai des recours soit fixée une fois pour toutes par la loi du contrat. En matière de change, en effet, nous rencontrons des difficultés spéciales : les divers engagements résultant de la lettre de change étant indépendants, il peut se faire qu'un endosseur soit poursuivi par le porteur, alors que la prescription est acquise aux endosseurs précédents et au tireur. C'est une conséquence à laquelle il est difficile de se soustraire. L. von Bar a prétendu, il est vrai, que le garant poursuivi par le porteur peut lui opposer une exception tirée de sa négligence à l'égard des garants antérieurs, négligence qui lui enlève personnellement tout recours, et dont il ne doit pas être rendu responsable. Ce principe avait été consacré par l'article 1004 du projet de Code de commerce pour le Wurtemberg. Sa justification, en tant qu'elle fait intervenir l'idée de négligence, ne nous paraît guère solide. Mais elle répond à une nécessité qui n'est pas contestable. Cette idée a été adoptée dans un projet de règlement international des conflits de lois, en matière de lettres de change et de billets à ordre, élaboré en 1885, par l'Institut de droit international. (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 8, p. 121.) Le § 7 du projet est ainsi libellé : « Les délais pour l'exercice du droit de recours contre les endosseurs et les autres garants et contre le tireur, ou pour l'action directe contre l'accepteur, sont fixés par la loi du pays où a été fait l'acte d'où résulte l'action exercée. Toutefois, à l'égard des endosseurs et autres garants, ces délais ne peuvent jamais dépasser celui qui est établi pour l'exercice de l'action en recours contre le tireur. Toutefois, MM. Lyon-Caen et Renault font remarquer (*op. cit.*, 4^e éd., IV, 572) que l'on peut objecter contre l'adoption d'une telle disposition que celui auquel une lettre de change est transmise ne connaît souvent que son endosseur immédiat ; il s'attache à son crédit et à la durée de son obligation de garantie. (Champcommunal, *op. cit.*, p. 59, note 3.) Une autre difficulté se pose à propos de l'aval. L'aval peut être donné dans un autre pays que celui où l'engagement garanti s'est formé. Si le délai de prescription est différent dans les deux pays, quel est celui des deux qu'il convient d'appliquer ? Y aura-t-il deux prescriptions distinctes ? Le donneur d'aval, au contraire, sera-t-il libéré en même temps que le débiteur ? En matière de cautionnement, il n'est pas douteux que la caution ne soit libérée

ordre public interne et ordre public « international » ou absolu ; dans un second chapitre, nous essaierons de dégager, en droit comparé, le caractère de l'institution ; dans un troisième enfin, nous rapprocherons les résultats obtenus.

en même temps que le débiteur principal, en raison du caractère accessoire du contrat qui l'oblige. Pour l'aval, au contraire, selon L. von Bar, il en serait différemment. (II, p. 172, note 56.) Mais cette dernière opinion est généralement repoussée. Les auteurs assimilent le donneur d'aval à la caution. (Lyon-Caen, 4^e éd., IV, 572 ; Champcommunal, 60 ; Esperson, n^o 35.)

Remarquons, en terminant, qu'une conférence pour l'unification du droit relatif à la lettre de change et au billet à ordre s'est réunie du 23 juin au 25 juillet 1910 à la Haye. Elle a élaboré un avant-projet d'une loi uniforme qui deviendra la loi de tous les États contractants. L'article 82 décide : « Toutes actions résultant de la lettre de change contre l'accepteur et contre celui qui a avalisé la signature de l'accepteur se prescrivent par trois ans, à compter de la date de l'échéance. — Les actions du porteur contre les endosseurs, contre le tireur et contre leurs garants se prescrivent par six mois à partir de l'échéance ou de la date du protêt s'il en a été dressé en temps utile. — Les actions en recours des endosseurs les uns contre les autres et contre le tireur se prescrivent par six mois à partir du jour où l'endosseur a remboursé la lettre de change ou du jour où, avant tout remboursement, l'endosseur a été actionné. — L'interruption de la prescription n'a d'effet que contre celui à l'égard duquel l'acte interruptif a été fait. — Tout signataire qui a remboursé une lettre de change ou qui a été actionné en garantie, doit en donner avis à son garant immédiat, dans le délai, dans les formes et sous la sanction déterminés par l'article 55. L'endosseur qui reçoit cet avis doit le communiquer à son garant immédiat, et ces avis doivent être répétés en remontant jusqu'au tireur. » (V. le rapport de M. L. Renault, Livre Jaune, 1910.)

CHAPITRE IX

LA THÉORIE DE L'ORDRE PUBLIC.

La première solution qui se présente à l'esprit en présence d'un conflit de lois est de refuser à la loi étrangère tout effet extra-territorial ¹. Le juge chargé d'appliquer sa loi nationale sera enclin, de prime abord, à voir dans l'application de toute disposition contraire une atteinte portée à la règle de droit public qui l'attache nécessairement à l'interprétation de cette loi. De là les systèmes de droit international privé qui ont tenté de donner en toutes matières la prépondérance à la *lex fori*. Dans cette conception, la loi a pour fin essentielle la conservation d'une société déterminée; ses dispositions sont évidemment les mieux adaptées à l'état social existant, puisque le législateur a dû avoir égard, en les édictant, aux besoins particuliers de la nation; par suite, elles doivent s'appliquer, à l'exclusion de toutes autres, dans les limites territoriales où s'exerce le pouvoir de la souveraineté dont elles tiennent leur force. Aucune distinction ne saurait être faite entre les différentes sortes de lois; toutes concourent, au même titre, à la bonne harmonie des rapports juridiques qui s'établissent

1. Sur le problème de l'ordre public : Boissarie, de la *Notion d'ordre public en droit international privé*, Paris, 1888; F. Despagne, *l'Ordre public en droit international* (Clunet, 1897, pp. 69 et 495.); A. Pillet, de *l'Ordre public en droit international privé*, *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, 1890, II, n° 2, et *Principes*; Dr D. Antonio S. de Bustamante, *El Orden publico*, la Havane, 1893; L. von Bar, *Theorie und Praxis*, I, p. 127 ss.; J. Jitta, *la Méthode en droit international privé*, p. 168 ss.; Fedozzi, *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public en droit international* (Clunet, 1897, pp. 69 et 495); E. Martin, *les Dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi et l'idée de communauté internationale*, *Revue de droit international*, 1897, pp. 385 ss., 613 ss.; de Vareilles-Sommières, *des Lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, Paris, 1899; A. Weiss, III, 83; Aubry, *Le Domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, Clunet, 1896, p. 465 ss., p. 721 ss. A. Rolin, I, p. 276 ss., Franz Kahn, *die Lehre vom ORDRE PUBLIC, Abhandlungen aus dem int. Privat recht*, Iher. Jahr., 1898, p. 4 ss.

entre les particuliers. Qu'il s'agisse de conflits relatifs à l'état ou à la capacité des personnes, au régime des biens, à la matière des contrats, l'intérêt de la société est le même; la prohibition de l'application des lois étrangères est absolue, en quelque matière que ce soit; telle est logiquement, telle a été, dans une certaine mesure, historiquement, la conception primitive de la solution des conflits de lois.

Cependant, lorsqu'on essaie de préciser la nature des dispositions légales, on ne tarde pas à apercevoir qu'il est contraire à la volonté du législateur de leur attribuer à toutes la même force, car toutes n'ont pas un caractère impératif; nombre d'entre elles se bornent à suppléer à la volonté des parties. Lorsque celles-ci n'ont pas convenu expressément qu'elles entendent modifier, dans les limites fixées par la loi, la disposition légale, c'est elle qui détermine, *parte in qua*, l'étendue de leurs droits respectifs. Ces dispositions n'ont à aucun degré un caractère impératif, puisqu'elles n'obligent personne; la nécessité de leur application sur le territoire de l'État où elles ont force de loi, sauf stipulations contraires, ne s'impose donc à aucun titre; les auteurs mêmes qui se sont attachés, après les jurisconsultes hollandais du XVIII^e siècle, à développer, contrairement aux indications traditionnelles, le domaine de la *lex fori*, dans les matières qui y semblaient soustraites depuis Bartole, ont été contraints, nous l'avons vu, de laisser une place relativement importante aux stipulations qui dépendent de ce que les modernes ont appelé l'autonomie de la volonté, par application de la loi du tribunal saisi elle-même. Jusqu'ici l'accord est unanime: c'est à peine si la question se pose.

Mais il faut aller plus loin; parmi les dispositions impératives, il en est que le simple examen du fonctionnement quotidien des systèmes de droit international fait apparaître comme n'étant pas en liaison assez étroite avec les intérêts vitaux de l'État, pour que la loi étrangère qui règle la même question en termes différents soit nécessairement repoussée. Il semble même qu'un petit nombre de dispositions seulement importent suffisamment à la conservation de la société, au maintien de la sécurité des relations économiques et des traditions morales, pour s'imposer au juge, en toutes circonstances, à l'exclusion des règles de droit étrangères. De nos jours il est presque universellement reconnu que les lois nationales concernant l'État et la capacité des personnes régissent les indivi-

dus qui y sont soumis, même en pays étranger, et que réciproquement un tribunal étranger, lorsqu'il doit apprécier l'état ou la capacité des personnes qui ne ressortissent pas à la loi du juge saisi, ne saurait se soustraire à l'obligation d'appliquer exclusivement, dans la détermination de l'état ou de la capacité de ces personnes, leur législation nationale. Mais s'il en est ainsi, il apparaît que toutes les dispositions légales ne sont pas douées, au même degré, d'un caractère impératif et que, dans les conflits de droit international, on est parfois conduit à préconiser une solution qui consacre, à l'encontre de dispositions de droit interne que le juge peut à bon droit considérer comme appartenant à l'ordre public de l'État dont il dépend, l'application d'une législation étrangère. Quelle est la raison explicative de ce phénomène, quelles conséquences doit-on en tirer ?

Bornons-nous à considérer les dispositions relatives à la capacité des personnes. Le principe sur lequel est fondé le système de la personnalité du droit repose sur des motifs tirés de la nature juridique des lois de capacité et se justifie par des raisons pratiques. Puisque l'aptitude à contracter suppose la réunion chez le même individu d'un certain nombre de conditions, en l'absence desquelles l'acte juridique ne pourrait que nuire au contractant, à sa famille, parfois même aux tiers, et par conséquent avoir des répercussions fâcheuses sur la bonne harmonie des relations sociales, quelle que soit la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été passé ; puisque les races humaines ne sont pas toutes parvenues au même développement intellectuel, et que la réglementation qui convient aux représentants de l'une serait insuffisante pour protéger des individus appartenant à un milieu différent, il est naturel que le soin de déterminer la réglementation des conditions de cette capacité soit dévolu au législateur qui est le plus apte à connaître les besoins de la nation dont il doit assurer l'existence, à établir les présomptions — car les règles concernant la capacité ne sont pas autre chose — qui correspondent le plus exactement aux nécessités de la vie juridique des ressortissants du pays où il exerce sa souveraineté. D'autre part, il est rare que le législateur consente à abandonner tout pouvoir sur ses nationaux, quand ceux-ci abandonnent son territoire ; pour que des tribunaux étrangers respectent cette volonté, il est naturel que la réciprocité la plus large soit de règle. Si d'ailleurs il

n'en était pas ainsi, les relations juridiques internationales seraient impossibles ; chaque pays admettant des règles qui lui sont propres se refuserait à sanctionner des conventions jugées valables par les juridictions d'un autre État ; à tout instant, les droits seraient remis en question comme étant nés sous l'empire d'une législation dont l'application affecte, aux yeux du juge saisi, d'un vice radical, les stipulations que l'on invoque devant lui. Pour toutes ces raisons que nous n'avons qu'à indiquer sommairement, les États ont été conduits à respecter en ces matières leur souveraineté réciproque : il était conforme à la nature des lois de capacité qu'il en fût ainsi, il était utile que cette solution prévalût.

Mais la conséquence n'en est pas moins étonnante ; ayant à apprécier la validité d'une convention intervenue, par exemple, entre un Français et un Hollandais, le juge français sera obligé d'appliquer la loi hollandaise, alors que les lois concernant l'état et la capacité des personnes sont essentiellement d'ordre public, que les Français ne peuvent y déroger, quelles que soient les circonstances. Ne semble-t-il pas qu'on autorise, pour des raisons dont on s'exagère peut-être l'importance et le mérite, un empiétement regrettable de la législation étrangère sur la législation nationale et qui peut légitimer toutes les dérogations aux principes juridiques fondamentaux sur lesquels repose la société tout entière ? Un exemple entre mille : qui empêchera le délinquant de se réclamer, devant un tribunal répressif étranger, des dispositions de sa législation pénale nationale, sous le prétexte qu'elle est plus apte qu'aucune autre à déterminer dans quelle mesure et de quelle peine le délit ou le crime à raison desquels il est poursuivi doit être puni ? Et cependant, les lois qui ressortissent au droit criminel, en tant qu'elles édictent des pénalités, ne sont-elles pas des lois d'ordre public qui ont pour but essentiel d'assurer la conservation de la société, et ne s'imposent-elles pas à ce titre, aux étrangers et aux nationaux, dans leur principe comme dans les détails de leur réglementation ?

La solution de cette antinomie apparente réside dans une distinction qu'il est nécessaire d'effectuer entre les diverses lois d'ordre public. Toutes les lois d'ordre public n'ont pas le même caractère. Seules certaines d'entre elles touchent assez manifestement aux intérêts vitaux de la société pour que leur application s'impose au juge à l'exclusion de toutes autres, lorsqu'il est

appelé à dire le droit dans un litige où un étranger se croit autorisé à demander la prise en considération d'une autre loi que celle du tribunal saisi.

Sans doute, dans leur ensemble, les lois ont pour fin essentielle la conservation de la société. Elles ne peuvent se légitimer que par le but qu'elles poursuivent, et à vrai dire, sans ce but, on n'en concevrait pas l'existence ; malheureusement, c'est une vérité d'expérience qu'il n'est pas toujours aisé de discerner ce but ¹ ; certains auteurs prétendent même qu'on ne saurait jamais y parvenir complètement. Admettons, pour simplifier, que le législateur puisse avoir, dans une hypothèse déterminée, une idée claire et distincte des nécessités auxquelles répondent l'institution ou le groupe d'institutions qu'il a charge de réglementer ; toute difficulté n'est pas par là même éliminée ; plusieurs procédés pourront conduire au même résultat ; il faudra choisir ; on sait très bien quelle est la tendance à suivre ; on hésite sur le choix des moyens. Continuons à raisonner sur l'exemple des dispositions de capacité concernant la fixation de la majorité. L'idée qui les inspire est très simple ; le but à atteindre est très net : c'est la protection de l'incapable contre lui-même lorsqu'il n'a pas acquis une maturité d'esprit suffisante pour être à même de discerner les

1. C'est dans la partie constructive de son ouvrage, au cours de l'exposé de sa théorie de la méthode de la « libre recherche scientifique », que M. Geny est amené à prendre parti sur la place que doit jouer l'idée de but dans le Droit. « Ce qui importe avant tout, dit-il, c'est de savoir comment constituer le droit commun positif. Dans cette vue, une idée assez séduisante a été proposée, l'idée de but. En prenant pour point de départ cette vérité suggérée par l'expérience et le raisonnement vulgaires, que tout mouvement de la volonté dépend d'un but assigné à son action, et en observant que l'organisation juridique a pour matière essentielle les opérations de la volonté humaine, on arrive facilement à la conséquence que cette organisation doit être tout entière dominée par des buts pratiques. D'où la maxime formulée par Ihering : le but crée le droit tout entier. Il suffirait dès lors de rechercher, dans chaque cas particulier, le but à atteindre pour dégager de là même la règle de solution. Toutefois on sent assez que la mise en œuvre d'une telle conception suppose préalablement connus les buts pratiques auxquels doivent tendre les préceptes juridiques. Et le succès de la thèse n'exige rien moins qu'une conscience très claire et très nette de la finalité qui nous domine. De sorte que si elle nous met en mains un instrument de découverte très précieux, la formule du but ne fait encore que reculer les termes du problème. » Finalement, M. Geny, dans un système qui ne manque pas d'analogie avec la doctrine du droit naturel, admet que « l'organisation juridique doit tendre à réaliser dans la vie de l'humanité un idéal de justice d'une part, d'autre part un idéal d'utilité ».

actes juridiques qu'il a intérêt à effectuer de ceux qui peuvent lui nuire. Mais à quel âge fixer la pleine capacité : 20 ans, 21 ans, 22 ans ? L'hésitation serait possible, alors que tous les individus seraient doués de facultés exactement identiques, et qui se développeraient avec le temps selon la même progression ; à plus forte raison ceux qui croient autorisés à juger que leurs compatriotes disposent à âge égal d'inégales ressources intellectuelles seront-ils tentés de considérer les présomptions que le législateur s'est trouvé contraint d'établir selon une règle uniforme, par mesure d'ordre, comme de pures approximations. Il en sera de même de la recherche des moyens qui permettront d'obvier, par des tempéraments judicieux, aux inconvénients qu'il pourrait y avoir à maintenir, sans exception possible, la règle uniforme de majorité fixée par exemple à 21 ans. Le législateur, étant obligé de se prononcer sur un cas déterminé, se décide pour la solution qui lui paraît la meilleure ; mais il ne peut raisonnablement croire que toutes les dispositions qu'il édicte sont, en toutes hypothèses, les meilleures possibles. Par suite, dès qu'il s'introduit dans la législation des règles telles que le législateur a dû avoir conscience, en les formulant, que les intérêts à sauvegarder l'eussent peut-être été dans d'aussi bonnes conditions à l'aide de dispositions un peu différentes, on conçoit sans difficulté que l'interprète appelé à statuer sur une hypothèse non prévue par le législateur, éprouve quelque hésitation à juger indispensable leur application exclusive, alors qu'il est certain que l'application de dispositions semblables aura un résultat conforme au but de l'institution et qu'au surplus des circonstances qu'il y a lieu de prendre en considération à raison de la nature spéciale du litige (utilité de la réciprocité, etc.), recommandent la reconnaissance d'une loi qu'au premier abord, semble-t-il, on devrait écarter.

Il est donc théoriquement certain que toutes les dispositions légales ne s'imposent pas également à l'observation du juge, lors même qu'elles ont un caractère impératif, et que dans une législation qui n'a pas statué directement sur la question, le juge peut s'estimer autorisé à adopter une solution que le législateur sans doute n'aurait pas hésité à consacrer si les circonstances l'y avaient conduit. Dans ces conditions, le juge n'aura de raison de s'opposer à l'application sur son territoire d'une loi étrangère que dans les cas où le caractère de la disposition légale édictée par son

législateur est telle que l'admission d'une disposition contraire ou simplement différente aurait nécessairement pour conséquence « de bouleverser les principes sociaux ou constitutionnels qui servent d'assise et de fondement à la législation ».

On doit donc admettre qu'il existe, à côté des dispositions légales dont le caractère d'ordre public est limité au domaine du droit interne, des dispositions dont la qualification importe peu, mais qui s'imposent aux nationaux comme aux étrangers. « Personne ne doute, a dit M. Pillet, que l'obligation dans laquelle se trouve l'État d'admettre sur son territoire l'application des lois étrangères n'ait une limite, et que cette limite ne se trouve au point où la loi étrangère aurait pour conséquence de compromettre l'action de quelque principe jugé par l'État indispensable à la sauvegarde de la société qu'il représente. Devant une nécessité aussi impérieuse, il n'est ni sentiment de courtoisie, ni obligation internationale qui tiennent. Les relations internationales ne sont licites qu'autant qu'elles demeurent inoffensives ; elles cesseraient de l'être si elles tendaient à faire appliquer sur un territoire des lois jugées incompatibles avec la sécurité, le bon ordre, les institutions sociales de l'État. » La formule de M. Weiss exprime la même idée en ces termes : « Si l'État doit en général admettre sur son territoire l'application des lois étrangères en vertu des principes qui résultent du système de la personnalité du droit, il a, ceci n'est contesté par personne, le droit de se conserver et de se défendre et par suite de repousser les lois qui contredisent les bases fondamentales sur lesquelles son organisation est assise, et qui sont la garantie la plus solide des droits individuels dont la protection lui est confiée. » Donc, et sans nous arrêter aux controverses soulevées par la nécessité de reconnaître la dualité du principe de l'ordre public¹, nous admettrons que seulement dans un nombre restreint d'hypothèses l'application de la loi étrangère se heurte à

1. M. Pillet, en effet, a nié que les dispositions d'ordre public puissent se diviser en deux catégories ; il a soutenu qu'il n'y a pas à proprement parler d'ordre public interne à opposer à l'ordre public international. « On conçoit, dit-il, l'existence d'un état de fait, tel que l'ordre public existe ; on conçoit de même l'existence d'un état de fait tel que l'ordre public n'existe pas ; on ne conçoit pas que l'ordre public existe au point de vue international et n'existe pas au point de vue national, qu'il y ait en même temps et qu'il n'y ait pas ordre public. » (*De l'ordre public en droit international*, *Annales de l'Université de Grenoble*, II, 222, et *Principes*, 395.) La conséquence, c'est que les lois de capa-

des dispositions de nature telle que seule la loi du juge saisi soit applicable. Mais comment discerner les cas où il s'agit d'ordre public interne de ceux où l'on est en présence de dispositions d'ordre public « international » ?

Si l'on est à peu près d'accord pour attribuer aux lois pénales, aux règlements de police, un caractère d'ordre public absolu, dès qu'il s'agit de la classification des lois civiles, les auteurs proposent sans conviction des criteriums contradictoires ¹. Les dispositions de capacité, nous le savons, sont évidemment d'ordre public

cité ne sont pas d'ordre public. « Ce qui est d'ordre public, c'est que l'incapable soit l'objet d'une protection réelle ; maintenant, que les moyens d'assurer cette protection soient empruntés à une loi française ou à une loi étrangère, cela n'a aucune importance au point de vue de l'ordre public. Il est protégé, l'ordre public est satisfait. » M. Weiss n'a-t-il pas répondu avec raison, en se basant sur la définition la plus généralement reconnue de l'ordre public : « Si les dispositions par lesquelles la loi française a cru devoir protéger les intérêts des incapables ne sont pas d'ordre public, l'article 6 du Code civil ne leur est pas applicable, et dès lors rien n'empêchera les parties de substituer à la protection légale une protection de leur choix... Pareille conséquence est évidemment inadmissible. M. Pillet se refuse lui-même à l'admettre. » (*Traité*, III, p. 88.) Il nous paraît, en effet, qu'on ne saurait aboutir à la conclusion de M. Pillet qu'en détournant l'expression d'ordre public de son sens habituel et qu'en suivant sa conception, il devient impossible d'opposer en droit interne les lois purement supplétives de la volonté des parties à celles qui ont un caractère obligatoire. Qu'on le remarque bien, du reste, il y a plutôt là une querelle de mots qu'une véritable difficulté ; ce qui importe, avant tout, quelle que soit la terminologie employée, c'est le criterium de la distinction des lois s'imposant aux étrangers comme aux nationaux de celles qui ne sont obligatoires que pour ces derniers. M. Pillet propose : « Seule la protection de l'incapable est d'ordre public ; les conditions de cette protection importent peu à la sauvegarde de la société. » Nous pourrions dire, en employant la terminologie « ordre public interne, ordre public international » : seule la protection de l'incapable est d'ordre public international ; les conditions de cette protection sont de droit interne. Le résultat de ces deux propositions hypothétiques serait le même : dans les deux cas nous supposons démontré que les dispositions que l'on désigne, dans le premier système, par dispositions d'ordre public international, dans le second, par dispositions d'ordre public, s'imposent aux étrangers comme aux nationaux ; dans les deux cas, ce qu'il faut prouver autrement que par une simple affirmation, c'est que les réglementations légales ne revêtent pas nécessairement les caractères de l'institution à laquelle elles se rattachent, de telle sorte qu'on puisse considérer le respect de l'idée générale ayant inspiré le législateur comme suffisant à assurer la sauvegarde des intérêts généraux de la société.

1. Sur le caractère des lois d'ordre public « international » cf. Franz Kahn, *die Lehre vom Ordre public*, *Iherings Jahrbücher*, 39, qui a consacré à la description de la théorie de l'ordre public une intéressante dissertation où une place très large a été réservée à la doctrine et à la jurisprudence françaises. On trouvera § 11, p. 50 ss., les définitions de l'ordre public données par Mancini, Esperson, Brocher, Fusinato, Contuzzi, Buzzati, Weiss, Lainé, Despagnet,

interne ; on s'expliquerait avec peine, s'il en était autrement, la persistance d'une solution de conflit contraire à l'intérêt de la société ; mais si l'on fait abstraction de ce point spécial, on ne rencontre, dans les études qui ont tenté de mettre en relief les traits distinctifs des deux variétés d'ordre public, qu'imprécisions et incertitudes. La raison en est simple : quand on essaie de séparer de l'ensemble d'une législation les dispositions qui touchent aux intérêts généraux de la société, on s'aperçoit qu'il existe autant de façons de concevoir l'ordre public « international » qu'il y a de souverainetés différentes, que cette diversité de points de vue est inévitable et nécessaire, que par suite toute systématisation est imprudente, et qu'en principe l'examen de cas particuliers effectué dans les conditions que nous aurons à indiquer peut seul permettre de se prononcer avec quelques chances d'exactitude sur le caractère des lois internes de l'État dont on envisage la législation.

D'une part, on a fait remarquer que la conservation d'une société déterminée peut exiger l'utilisation de procédés juridiques qui pourraient demeurer inconnus d'une nation voisine. La définition parfois si critiquée de Montesquieu : « Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses », a du moins le mérite d'indiquer la nécessité d'adapter l'organisation du droit, jusqu'en ses moindres détails, à l'état social auquel elle doit s'appliquer. La persistance de l'équilibre de cet état social dépendant aussi bien de circonstances économiques que d'éléments moraux, le législateur ne peut faire abstraction des aspirations d'une nation, de ses croyances ; s'il lui apparaît que la cohésion des citoyens, indispensable à la sauvegarde de la société, dépend au même titre de conditions matérielles et du respect d'un certain idéal, on conçoit facilement que toutes les dispositions légales

Fedozzi, Laurent, Laghi, Pillet. Voici la formule de la troisième Commission de la deuxième conférence de la Haye : « Au point de vue interne, l'ordre public comprend l'ensemble des dispositions légales auxquelles il n'est pas permis de déroger par des conventions particulières. Dans cet ensemble se classent à part les dispositions que le législateur lui-même ne pourrait modifier sans changer, ébranler ou détruire l'ordre social ou constitutionnel de son pays. Ce sont ces dernières lois qui seules sont d'ordre public au point de vue international. Contre elles, les lois étrangères ne peuvent jamais prévaloir ; celles-ci, au contraire, peuvent primer les autres, parce qu'on conçoit parfaitement que l'État territorial lui-même pourrait faire entrer ces dispositions, édictées en pays étranger, dans sa propre législation, sans bouleverser les principes sociaux ou constitutionnels qui lui servent d'assises et de fondement. »

étrangères ayant pour résultat de froisser les convictions intimes d'une population qui, à tort ou à raison, considère l'observation de règles opposées comme un facteur nécessaire de son existence, soient repoussées par le législateur et le juge comme contraires à l'ordre public absolu. Mais dès lors que la conservation d'une société peut être liée dans une certaine mesure à des règles dont les étrangers ne sont pas toujours à même d'apercevoir l'importance, il devient impossible de poser une règle générale qui permette de prévoir et de limiter, en quelque sorte, le nombre des hypothèses où la loi territoriale s'impose aux étrangers comme aux nationaux, ou si, comme l'ont fait certains auteurs, on essaie de diviser les lois d'ordre public en un certain nombre de catégories susceptibles, en principe, de limiter le champ des incertitudes, il se glisse toujours dans l'énumération une expression qui permet d'englober, par la généralité de ses termes, les dispositions légales, qui, contrairement à ce que l'on pourrait appeler le droit commun de l'ordre public international, garantissent la sécurité d'un certain état social.

Mais lors même qu'il ne paraîtrait pas exister une correspondance évidente entre la prohibition de l'application d'une loi étrangère et les intérêts généraux de l'État, il suffit que le législateur ait estimé cette prohibition nécessaire pour que le juge soit obligé d'y conformer ses décisions. Nous avons vu que, parmi les lois impératives, il en est qui manifestement ne touchent pas aux intérêts vitaux de la nation, et que le législateur, contraint de donner aux dispositions légales une forme précise, a pu avoir conscience, en les édictant, de l'imperfection fatale de son œuvre ; supposons qu'il ait eu moins de doutes en réglementant d'autres institutions et qu'il ait indiqué, en termes non équivoques, que leur maintien est intimement lié aux intérêts généraux de la nation. Doit-on en conclure que sa prohibition se justifie sans objection possible ? Le manque de liaison entre les deux propositions apparaît de façon très nette ; il se peut que le vote de la disposition légale jugée d'ordre public absolu, ait été le résultat d'un entraînement passager ; il se peut que le législateur se soit mépris sur l'étendue des besoins réels de la nation, et que précisément le temps écoulé permette de saisir avec exactitude le manque d'harmonie entre le but à atteindre et les moyens employés pour y parvenir ; il se peut aussi — c'est le corollaire de ce qui a été dit au paragraphe

précédent — que les besoins sociaux évoluent, et qu'il paraisse indispensable, après un certain temps, de modifier le caractère d'une institution ; peu importe ; conformément à la méthode d'interprétation que nous avons adoptée, dès que le législateur s'est prononcé, dès qu'il croit à la nécessité de maintenir une prohibition, nous sommes liés.

A vrai dire, quand rien ne permet de connaître avec certitude la volonté du législateur, le juge est libre, dans une large mesure, de recourir à ses propres lumières, de se substituer au législateur lui-même, pour rechercher dans quelle mesure il importe à la société que telle disposition légale soit respectée : le cas se présentera fréquemment ; aucun code n'a établi une classification systématique des dispositions d'ordre public international, et d'ordre public interne ; parfois, en examinant les travaux préparatoires, on peut apercevoir que les législateurs ont attaché une importance capitale à l'existence d'une institution ; plus rarement la réglementation même de l'institution permettra de se prononcer sur son véritable caractère ; le plus souvent, le juge devra se former une conviction, faute de renseignements suffisants, en ayant exclusivement recours à sa propre expérience ; là où le manque d'une documentation précise ne pourrait le conduire qu'à des conjectures, il utilisera dans la recherche de l'importance sociale relative des dispositions légales les procédés que l'on doit employer pour l'interprétation proprement dite des lois, quand il s'agit de suppléer à l'insuffisance des textes.

Mais il est facile d'apercevoir qu'en admettant que les conclusions auxquelles s'arrête le juge résultent de la « libre recherche scientifique » et non de la libre fantaisie individuelle, on ne reconnaîtra pas toujours à la même institution les mêmes caractères ; non seulement les tribunaux d'États différents offriront des divergences d'appréciation, non seulement on pourra constater autant de conceptions de l'ordre public « international » qu'il y a d'États souverains, mais encore on verra les tribunaux d'une même nation se décider en sens opposé. On peut même imaginer — l'hypothèse, nous le verrons, n'est pas invraisemblable — qu'un législateur ayant conçu une institution comme d'ordre public absolu ait porté atteinte, dans la réglementation de l'institution, au principe qu'il avait posé, jusqu'à rendre presque indéterminable le caractère qu'il convient de lui reconnaître, alors d'autre part que les tendances

de la jurisprudence, accentuant la contradiction, rendent plus difficile encore la découverte d'une idée synthétique. Il y a de grandes chances, dans ces conditions, pour que la question de savoir quelles sont les dispositions d'ordre public s'imposant aux nationaux comme aux étrangers reste toujours enveloppée de quelque obscurité, et que toutes les définitions générales de l'ordre public, faisant nécessairement abstraction des éléments multiples qui concourent à la formation de cette notion, puissent être combattues de bonne foi, sans que leurs auteurs eux-mêmes soient intimement convaincus de l'exactitude de leurs affirmations¹.

1. La meilleure illustration que l'on puisse donner de la difficulté de déterminer un criterium certain des lois d'ordre public absolu est assurément la question du divorce ; les obstacles que l'on rencontre permettent d'apercevoir, sous une forme concrète, la complexité du problème, en quelque matière qu'il se pose. Le divorce, dans un système législatif où les causes en sont illimitées, est-il nécessaire à la conservation de la société ? Le mariage indissoluble, au contraire, tempéré par la possibilité d'une séparation de corps, n'est-il pas plus approprié à la sauvegarde des intérêts de l'État, en empêchant la dissolution de la famille, la véritable cellule sociale ? Le juge dont la loi prohibe le divorce, appelé à se prononcer sur la question de savoir si cette prohibition s'impose même aux étrangers, recherchera si elle appartient aux dispositions de lois « où la pensée du législateur s'est portée vers le bien de la société tout entière, en le plaçant au-dessus du bien de certains individus. » (Lainé, *Introduction*, II, 195, 289.) Admettons, pour simplifier, que le juge ne croie pas utile de distinguer les cas où les parties résident sur le territoire où la loi nationale du juge exerce sa souveraineté, des hypothèses dans lesquelles les époux sont tous deux domiciliés à l'étranger ; une foule de raisons, dont il est absolument impossible d'apprécier exactement la valeur, le feront pencher tantôt dans un sens, tantôt dans un sens opposé. S'il entend appliquer la prohibition aux étrangers, le juge dira : « Il faut à la base de l'organisation sociale une union durable des individus appelés à la perpétuer ; la séparation de corps suffit aux cas extrêmes où la vie commune est devenue impossible ; la faculté de divorcer, entrevue au milieu de froissements inévitables, aura pour conséquence nécessaire d'empêcher les concessions réciproques que les époux divorcés regretteront peut-être éternellement de ne s'être pas faites. Le divorce, s'il permet à l'un des époux de « vivre sa vie », sacrifie l'enfant. Au surplus, la loi religieuse prohibe le divorce ; il serait contraire à la bonne harmonie de la société de froisser les convictions intimes de la majorité religieuse du pays en reconnaissant aux particuliers un droit dont l'exercice consacre une violation d'un principe fondamental de la religion. La circonstance que ce sont des étrangers qui forment la demande n'atténue pas les dangers que l'on pense éviter en prohibant le divorce. » Pour soutenir la thèse contraire, les raisons ne manquent pas. Il importe, dira-t-on, que dans les questions morales le juge ne se laisse pas dominer par les préjugés de son pays ; son devoir est de chercher, dans les données de la conscience publique, telles qu'elles sont reconnues par l'ensemble des hommes civilisés, les éléments nécessaires pour savoir si ces questions intéressent l'ordre public (Laurent, II, 377, 78, et 352), et il n'est pas douteux que le maintien d'une union,

Ainsi plusieurs raisons concourent à rendre incertain et variable, dans le temps et dans l'espace, le caractère des lois internes ; dans nombre de cas il n'est pas douteux que la conservation d'un certain état social ne soit liée au respect de règles dont l'importance échappe à ceux qui ignorent le milieu où il est indispensable de les

en certaines circonstances, est absolument contraire à la dignité des époux qui verront leur conjoint essayer de conquérir la liberté, en dépit de tous les scandales, à l'intérêt même de l'enfant dont l'éducation souffrira nécessairement du manque d'unité que lui imprimera le ménage désuni. Par conséquent, selon que l'on attachera plus ou moins d'importance à quelques-uns des éléments qui entrent en discussion, selon qu'on sera appelé à se prononcer sur une hypothèse concrète ou sur une autre, on résoudra le problème en sens divergents. Si le législateur a clairement manifesté son opinion, le problème de la détermination du caractère d'ordre public ne se posera pas ; dans le cas contraire (par exemple le législateur ayant énuméré limitativement les causes de divorce, le juge se trouve saisi d'une demande basée sur d'autres motifs) les juridictions se prononceront selon leur point de vue individuel, et chaque opinion pourra triompher. Logiquement « la vérité est une connaissance telle que désormais rien ne puisse prévaloir contre elle, et qui soit assurée dans l'ordre intellectuel d'une imperturbabilité ou d'une ataraxie analogue à celle où les épicuriens et les stoiciens reconnaissaient dans l'ordre moral l'indice de la parfaite sagesse. » (E. Rab., *Logique*, 377.) Il suffit de se rappeler cette définition pour apercevoir qu'une difficulté comme celle que nous avons envisagée n'est pas susceptible, pour le moment du moins, en l'état actuel des sciences sociologiques, d'une solution absolue ; à plus forte raison si l'on considère que certains éléments insaisissables et généralement insusceptibles de discussion, comme la croyance religieuse ou l'absence de croyance, viendront peser sur la décision de celui qui croit ou qui ne croit pas avec autant de force que les résultats supposés concluants de l'observation et de l'expérimentation les plus probantes.

S'il est vrai que dans toutes les circonstances de la vie on soit obligé de se prononcer sans avoir exactement pesé le pour et le contre, sans s'être livré à des recherches dont on ne peut dire à l'avance qu'elles aboutiraient nécessairement, dans toutes les sciences qui touchent à la société, la complexité des éléments en présence est telle qu'on ne se déciderait jamais s'il fallait être en possession de la certitude ; le droit, en général, et la notion d'ordre public, en particulier, n'échappent pas à cette règle. « On imposerait à la volonté, disait un philosophe, une tâche surhumaine, si on lui demandait en tout sujet de suspendre son jugement jusqu'à ce qu'on ait épuisé l'examen des raisons de croire ou de douter. D'abord nul ne peut dire à quel degré cet examen peut être déclaré suffisant. De plus, les nécessités de la vie nous défendent le plus souvent de prolonger l'examen autant que nous le voudrions ; nous nous trouvons perpétuellement dans la situation d'un jury qui doit, séance tenante, déclarer l'accusé innocent ou coupable, tout en ayant conscience que les raisons décisives de se prononcer lui font défaut. Pour prouver que le dîner que nous nous disposons à manger ne nous empoisonnera pas, il faudrait des jours et des mois ; mais l'appétit, différent en cela de l'âne de Buridan, ne veut pas nous laisser mourir en attendant la solution du problème. Ainsi la meilleure volonté du monde n'y peut rien ; vivre c'est risquer l'erreur à toutes minutes du jour. » (Rabier, *Logique*, 363.) Rien ne saurait mieux faire comprendre que dès qu'il s'agit de

respecter ; alors même que les conditions sociales sont les mêmes, l'impossibilité de déterminer le but de la loi, ou de découvrir les moyens les plus propres à atteindre ce but, la nécessité de se prononcer hâtivement sur ces questions, la crainte très moderne de paraître rétrograde lorsqu'on n'adopte pas les idées qui essaient de remplacer celles que leur âge a rendues suspectes, concourent à l'instabilité de la notion d'ordre public ; quand le législateur s'est prononcé, son œuvre est remise en question ; on a tendance à ne plus se demander ce qu'il a voulu ; on considère que le juge est en droit de rechercher ce qu'il aurait pu vouloir s'il avait légiféré à l'époque où les tribunaux sont appelés à statuer, et par là même, pour mieux conformer les institutions juridiques à la nature des choses, on combat les idées fondamentales qui ont présidé à leur élaboration ; quand la volonté du législateur est incertaine, toutes les causes de divergences agissent ; elles aboutissent fatalement à des solutions multiples qui entraînent avec elles tous les effets funestes de l'instabilité du droit.

Ainsi, en examinant le problème de la détermination du caractère des dispositions de législation interne, on peut se rendre compte qu'il n'est pas nécessaire à la conservation de la société que toutes les dispositions impératives soient applicables aux rapports de droit international privé. Mais ceci considéré comme certain, lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure certaines dispositions doivent être appliquées, à l'exclusion de toutes autres sur le territoire où l'État chargé de trancher le litige exerce sa souveraineté, des difficultés considérables surgissent. Le criterium de ces dispositions, ce qui permet de les distinguer des autres, c'est qu'elles sont intimement liées à l'intérêt général ; « or l'intérêt général, dit M. Weiss, est chose essentiellement actuelle et mouvante ; il n'était pas hier ce qu'il était aujourd'hui, ce qu'il sera demain ; et il est utile de laisser aux juges la faculté de modeler leurs décisions sur les circonstances, sur la marche des idées, sur le progrès ou l'altération des mœurs ¹. » Il faut donc

se décider directement sur la question de savoir dans quelle mesure une disposition légale se trouve liée à l'intérêt de la société, le juge est fatalement conduit à se prononcer en possession seulement d'une demi-certitude, quand ce n'est pas simplement une croyance, au sens philosophique du mot, qui dicte sa décision ; et, par suite, le jugement qu'il rend, comme les décisions des jurys et pour les mêmes motifs, ne sont pas à l'abri de toutes critiques.

1. M. Pillet, du reste, p. 398, n'est pas moins affirmatif : « Un dernier carac-

renoncer à croire qu'il est possible de déterminer, par une analyse *a priori*, celles des lois impératives qui appartiennent à l'ordre public international, quand la volonté du législateur ne s'est pas manifestée clairement, quand l'état social a subi de telles modifications que l'expression de cette volonté peut être considérée comme n'y étant plus adoptée. A plus forte raison est-il difficile de concevoir que plusieurs États puissent se trouver d'accord sur la détermination du caractère des dispositions de leur législation interne.

Mais n'exagérons rien ; de ce que des raisons multiples, lorsqu'on envisage le problème d'un point de vue général, ne nous permettent pas de croire, avec une grande conviction, à la possibilité de parvenir à l'unification des conceptions touchant les procédés juridiques propres à sauvegarder l'intérêt général, il serait téméraire de déduire que l'unité de vues ne puisse régner, dans un Etat déterminé, sur une question précise. Il est donc nécessaire, toutes les fois qu'il s'agit, à propos d'un conflit de lois, d'examiner si une disposition légale est d'ordre public ou non, de procéder à un examen du caractère de l'institution à laquelle elle se rattache en tenant compte des matériaux législatifs et des documents jurisprudentiels, en s'efforçant de discerner les causes exactes des divergences que l'on est amené à constater, pour essayer de connaître dans quelle mesure ces divergences sont irréductibles. L'examen de la question en droit comparé permettra de résoudre la même difficulté dans l'espace, et de se rendre compte en même temps s'il est chimérique de songer à une unification des dispositions légales qui supprimerait le conflit de lois.

D'une part, nous l'avons vu, le législateur a pu se prononcer de telle sorte que l'on connaisse exactement sa volonté ; la recherche de la paternité est interdite en France aux termes de l'article 340 ; il s'agit de prévenir les investigations incertaines et scandaleuses auxquelles l'enfant pourrait se livrer ; les travaux préparatoires indiquent suffisamment les dangers que le législateur a voulu pré-

ter des lois d'ordre public mérite d'être révélé dans cette étude. C'est sa mobilité, ou autrement dit son actualité. Dans chaque Etat le souverain est tenu de maintenir l'ordre. Cette tâche peut devenir plus ou moins lourde selon les circonstances : un législateur prudent aura soin de resserrer ou de relâcher les entraves mises à ce titre à la liberté des particuliers en proportion des besoins dont il aura vérifié l'existence. » Cf. *Bartin, les Dispositions d'ordre public, in fine.*

venir, les abus auxquels il a voulu remédier, pour que l'étranger désireux d'intenter en France contre un Français ou un étranger une action en déclaration de paternité, soit repoussé par une fin de non-recevoir, bien que son statut personnel ne contienne pas une prohibition analogue à celle de la loi française. De même, il n'est pas douteux que la prohibition des substitutions ne soit d'ordre public international : on a voulu remédier aux inconvénients économiques ou juridiques qu'il y avait à lier les mains pour de longues années, peut-être pour des siècles, aux propriétaires successifs des biens substitués ; peut-être la prohibition a-t-elle eu des raisons politiques : elle est, sans discussion possible, absolue. Mais en dehors de ces hypothèses, où le caractère des dispositions légales résulte nettement des circonstances historiques qui ont accompagné le vote de la loi, où la pensée du législateur nous a été transmise dans des conditions telles qu'elle n'est pas susceptible d'interprétations divergentes, nous nous trouverons souvent en présence d'institutions répondant à un but assez précis, à des besoins assez constants, pour qu'on puisse apprécier avec exactitude dans quelle mesure leur réglementation doit s'imposer aux étrangers comme aux nationaux. Nous avons vu que la principale difficulté d'élaborer une théorie générale de la détermination des dispositions légales d'ordre public absolu réside dans ce fait que la conservation de la société, aux différents stades de son évolution, exige l'utilisation d'une technique différente. Mais l'étude de l'histoire des législations nous prouve que les mêmes nécessités se rencontrent avec une acuité semblable dans tous les états de civilisation et que certaines institutions, invariablement coulées dans le même moule, ont toujours eu la même destination. D'ailleurs, ils'en faut de beaucoup qu'à toutes les questions juridiques se trouvent intimement mêlés certains de ces problèmes moraux ou religieux dont la solution revêt un caractère trop subjectif pour être l'objet d'études scientifiques ; lorsqu'il est simplement question de sauvegarder des intérêts matériels, on peut se mettre plus facilement d'accord : l'expérimentation est plus facile, les rapports de causalité plus étroits, et l'on a la plupart du temps l'avantage de se trouver sur un terrain neutre où les individus appelés à se prononcer, en vue de l'utilité commune, peuvent avec quelque sécurité oublier leur idéal et leurs croyances. Enfin le législateur nous donnera parfois, sous forme incidente, des indications utiles, et il

est permis de penser que la jurisprudence possède une intuition suffisante des intérêts généraux de la société, pour que ses décisions, même insuffisamment motivées, fournissent des renseignements précieux.

Cette conception de la théorie de l'ordre public a été mise en lumière dans les débats qui ont suivi, à la session de 1910 de l'Institut de droit international, le dépôt du rapport de MM. Fiore et Weiss sur la question de l'ordre public¹. Dès le début de la discussion, on reconnut qu'il était impossible de déterminer *a priori* celles des dispositions légales qu'il convenait de considérer comme appartenant à l'ordre public absolu; dans leurs conclusions, les rapporteurs avaient attiré l'attention de la savante compagnie sur cette idée essentielle. Elle fut reprise par MM. Buzzatti, Rouard de Card, et surtout par M. Renault, qui fit adopter par l'Institut, à la majorité de 17 voix contre 10, la proposition suivante : « L'Institut exprime le vœu que, pour éviter l'incertitude qui prête à l'arbitraire du juge et compromet par cela même l'intérêt des particuliers, chaque législation détermine, avec toute la précision possible, celles de ses dispositions qui ne seront jamais écartées par une loi étrangère, quand même celle-ci semblerait compétente pour régler le rapport de droit envisagé. Il est spécialement désirable que chaque convention de droit international privé précise les points sur lesquels, dans chaque pays contractant, une disposition regardée comme d'ordre public pourra tenir en échec les principes mêmes de la convention². » Par application de cette

1. Cf. notamment les § 3, 4, 5 de la conclusion du rapport. (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1910, 228.)

« 3^o Doit être réputé investi de la compétence législative prépondérante le souverain de tout État, en ce qui concerne *id quod ad statum reipublicæ spectat*, et aussi en ce qui concerne *id quod ad universitatis utilitatem spectat*, c'est-à-dire en ce qui concerne les lois constituant le droit public de l'État et celles qui constituent le droit social.

« 4^o Toute disposition édictée pour lesdits motifs pour le souverain territorial doit être considérée comme étant d'ordre public absolu; elle doit avoir à ce titre autorité exclusive et coercitive *erga omnes*, et être appliquée de préférence, en cas de concurrence avec une loi étrangère différente.

« 5^o Il importe que tous les États désireux de vivre en communauté juridique se mettent d'accord pour fixer obligatoirement; au moyen d'une convention, l'autorité prépondérante soit de la loi territoriale, soit de la loi étrangère, en vue du cas où elles se trouveraient en concurrence. »

2. *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1910, p. 478.

formule nous voudrions rechercher, dans la suite de ces développements, en nous plaçant au point de vue du juge et du législateur en France et en Allemagne, le caractère qu'il convient de reconnaître aux dispositions relatives à la prescription libératoire¹.

1. LE PROBLÈME DE LA PRESCRIPTION LIBÉRATOIRE, ET L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL.

Sur la proposition de M. Bustamente à la session de Venise (1896), l'Institut porta à son ordre du jour la question des conflits de lois en matière d'obligations. En 1902, à la session de Bruxelles, MM. Harburger et de Bar déposèrent un rapport dont les conclusions, en ce qui concerne la prescription, se formulaient ainsi : « La prescription, si l'action est intentée devant le tribunal du domicile ou de l'établissement commercial du débiteur, est jugée selon la loi de ce lieu ; mais un tribunal d'un autre pays étant légitimement saisi de l'affaire, la prescription est jugée selon la loi qui, en général, régit l'obligation. En outre, la prescription sera acquise au débiteur, si, en cas de changement de domicile, l'action était intentée devant le tribunal du domicile actuel, le délai de prescription fixé par la loi du domicile actuel s'est écoulé depuis la constitution du nouveau domicile. » Cette formule est visiblement inspirée du système de de Bar. (V. ci-dessus p. 97.) C'est ce qui résulte de la fin du rapport de M. Harburger (*Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XIX, 1902, p. 146), qui décide d'ailleurs que toutes les règles formulées ne doivent pas être réputées absolues en tout état de cause, et que le tribunal saisi d'une affaire concernant une obligation conventionnelle qui rentre dans le domaine du droit international privé doit, sauf l'observation des lois d'ordre public, s'inspirer de l'idée que la bonne foi et le respect dû à la sûreté des engagements conventionnels et la nature des choses priment toutes les règles spéciales concernant l'application d'une loi territoriale aux obligations conventionnelles. Ce rapport fut discuté en séance plénière, à Edimbourg, en 1904. (*Annuaire*, t. XX, 1904, p. 133 ss.) M. Roguin déposa un contre-projet dont l'article 11 est ainsi conçu : « Les obligations, tant conventionnelles que non conventionnelles, sont, quant à la prescription extinctive, soumises à la loi qui en régit le fond. Toutefois, la législation ou la jurisprudence de l'État dans lequel le débiteur est domicilié ou recherché peuvent appliquer le délai plus court de prescription fixé dans le droit du pays. » Mais on n'aboutit, pendant la session d'Edimbourg, à aucune solution. La question fut reprise à la session de Florence, en 1908. (*Annuaire*, t. XXII, 1908, p. 55 ss.) M. Albéric Rolin déposa un rapport très complet sur le problème des conflits de lois en matière d'obligation, et formula un projet dont l'article 8 (p. 107) dispose : « La prescription libératoire est régie, en principe, par la loi que les parties sont censées avoir admise comme devant régir leurs conventions. Mais le débiteur peut toujours se prévaloir de la prescription plus courte établie par la *lex fori*, lorsque cette prescription ne repose pas sur une renonciation présumée, ni sur une présomption de paiement, mais sur des considérations d'intérêt général et d'ordre public. » M. Westlake (pp. 100 et 117) proposa de retrancher l'alinéa 2 de cet article, se fondant « sur ce que la loi qui décrète une prescription ne s'explique pas, en général, sur la présomption ou les considérations qui l'ont motivée, et sur ce que l'on ne doit pas se livrer à des conjectures à cet égard ». Néanmoins, M. A. Rolin maintint son projet : en distinguant les prescriptions fondées sur l'ordre public des prescriptions fondées sur une renonciation présumée ou sur une présomp-

tion de paiement, il avait pour but de soustraire la grande majorité des courtes prescriptions à l'influence de l'ordre public dont il réservait expressément la prise en considération, dans les autres cas, lorsque le délai de la *lex fori* est supérieur à celui de la *lex contractus*. Ce système est au fond un acheminement vers l'application pure et simple de la loi du contrat, en toutes hypothèses. Une commission a été nommée à la session de Paris, en 1910, pour examiner la question de la prescription libératoire : il est présumable que l'Institut de droit international, s'il se prononce en avril 1911, à Madrid, sur ce problème, adoptera une résolution combinant l'application de la *lex contractus* avec les principes que l'Institut a énoncés à propos de l'ordre public, et que nous avons rapportés au texte.

CHAPITRE X

LE CARACTÈRE DE LA PRESCRIPTION.

I

A. — Une première conception fonde la prescription sur une idée de négligence ¹. On peut la résumer de la façon suivante : le créancier doit réclamer le paiement de ce qui lui est dû dans le plus bref délai ; lorsqu'il s'est écoulé un certain laps de temps depuis le moment où le recouvrement de la dette aurait pu être poursuivi, il est juste de punir le créancier de sa négligence en lui refusant le droit d'action ; cette conception était, dit-on, dans une certaine mesure, celle des anciens auteurs, qui décidaient que la prescription avait été établie *odio negligentis*. De nos jours encore, l'idée qu'elle est destinée à faire supporter au créancier la peine de son inaction subsiste : s'il en était autrement, on ne s'expliquerait pas pourquoi le Code fédéral des obligations a pris le soin de dire, dans son article 813, que les obligations dérivant de la lettre de change s'éteignent par la prescription, encore qu'aucune faute ne soit imputable au créancier.

La critique de cette opinion est facile. Le créancier qui n'agit pas contre son débiteur reste dans les limites de ses droits ; or, quiconque use de son droit, juridiquement, ne lèse personne. « L'idée de faute évoque celle de préjudice causé à autrui ; il ne peut y avoir faute civile que si un acte illicite, ou l'omission d'un acte obligatoire a entraîné la lésion d'un droit d'autrui ². » Ce dernier argument nous semble décisif. Il est vrai que la notion de faute juridique a connu des vicissitudes : la théorie de l'abus de droit a porté une atteinte profonde à la rigueur de l'ancien adage : *Qui jure suo utitur neminem lædit* ; mais un point est resté certain,

1. V. ci-dessus, p. 83 ss.

2. Mercier, *op. cit.*, p. 49.

au milieu des controverses auxquelles le développement de cette théorie a donné lieu, c'est que l'existence d'un dommage est la condition nécessaire, sinon suffisante, de la responsabilité. On a pu, à propos d'un dommage subi, déformer la notion traditionnelle de faute : lorsqu'aucun dommage n'a été éprouvé, on ne saurait concevoir de responsabilité. Or, le débiteur qui n'est pas contraint de mettre à exécution ses engagements ne subit aucun préjudice. Le plus grand dommage que le créancier pouvait lui causer était évidemment de chercher à se remplir de ses droits : il n'a pas jugé utile de le faire : tout le bénéfice de cette abstention est pour le débiteur.

On pourrait prétendre, il est vrai, qu'en s'abstenant d'agir, le créancier lèse les intérêts de la collectivité ; si le titulaire d'une créance omet d'en poursuivre le recouvrement, la sécurité des relations juridiques peut se trouver compromise par ses réclamations tardives, quand le débiteur, par exemple, a perdu la preuve de sa libération ; d'autre part, une créance entre les mains d'un individu qui ne sait s'il peut compter sur son paiement prochain, une somme d'argent, en possession d'un débiteur qui peut s'attendre à être poursuivi d'un moment à l'autre, ont socialement moins de valeur que le capital rendu productif par un propriétaire qui n'a de comptes à rendre à personne. En particulier, les écoles d'économie politique qui ne reconnaissent la légitimité de la propriété individuelle qu'à raison des services qu'elle rend à la collectivité auront tendance à restreindre le nombre des propriétés à titre précaire et des droits incertains.

Mais ces considérations ne sauraient modifier nos conclusions : l'idée qu'elles renferment, évidemment, n'est pas négligeable ; et il est à peu près certain qu'en représentant la prescription comme une peine attachée à la négligence du débiteur, les auteurs ont eu moins en vue le dommage problématique subi par celui-ci, que le préjudice souvent appréciable qui résulte pour l'État de l'incertitude prolongée du droit. Mais s'il en est ainsi, il pourra être nécessaire à la collectivité, dans les hypothèses mêmes où l'on ne saurait reprocher au créancier aucune négligence, de le dépouiller des droits qu'il tient de la loi ou du contrat. De sorte que la prescription n'apparaît pas comme liée dans son essence à une faute du créancier ; le seul accomplissement d'un certain délai la justifie au même titre. L'examen des motifs donnés par le législateur

nous confirmera dans cette opinion ; ils nous montreront clairement que la négligence du créancier ne peut être considérée que comme l'une des circonstances à l'occasion desquelles la loi s'est crue obligée de donner un effet juridique à une situation de fait longtemps prolongée. En un mot, la négligence du créancier sera souvent le fait générateur de la prescription ; mais elle ne le sera pas toujours ; et le législateur, en donnant au temps une influence sur l'exercice des droits, ne paraît pas avoir eu spécialement en vue l'une ou l'autre des raisons possibles de l'abstention du créancier. Au surplus, si la prescription ne se légitimait, aux yeux du législateur, que par la faute du créancier, celui-ci devrait avoir, semblait-il, la faculté d'administrer, le cas échéant, la preuve qu'il n'a pu exercer sa poursuite dans le délai imparti par la loi. Mais aucune législation ne réserve ce droit de preuve ; et les cas de suspension sont d'interprétation restrictive. Faudrait-il donc considérer que le législateur a voulu introduire dans la loi une présomption irréfragable, *juris et de jure*, de négligence contre le créancier ? Il résulte de ce qui précède que rien n'autorise à penser que tel a été le point de vue décisif ¹.

B. — Ce système, où l'idée d'une peine infligée au débiteur joue un rôle prépondérant dans la détermination de la nature de la prescription, appelle l'examen d'une autre théorie, celle soutenue par

1. C'est au système qui fonde la prescription sur une peine infligée au créancier que paraît se rattacher M. Boistel. Son analyse (*Cours de philosophie du droit*, I, § 250) est essentiellement psychologique ; il considère que le créancier qui, par négligence, laisse écouler un temps très long sans réclamer ce qui lui est dû finit par oublier son droit ; on peut en inférer que l'exercice de ce droit lui est devenu inutile. D'autre part, « pourvu que le temps écoulé soit suffisamment long, il arrivera forcément une époque où la règle que l'on ne doit pas faire souffrir injustement une personne militera plus énergiquement en faveur du débiteur que du créancier, et où celui-ci ne pourra plus équitablement poursuivre le premier ». L'intervention de la notion d'équité nous semble ici bien risquée. La prescription est une spoliation nécessaire, mais le qualificatif ne modifie pas la chose. M. Boistel, il est vrai, distingue entre la prescription de mauvaise foi et celle de bonne foi ; il applique à la prescription libératoire les principes qui lui servent à légitimer la prescription acquisitive de bonne foi. Mais l'assimilation ne va pas de soi, car il est bien difficile de supposer qu'un débiteur, même après trente ans, ne se souvienne plus de la dette qu'il a contractée, d'autant mieux que le créancier a pu la lui rappeler, mais de telle manière que la prescription ne soit pas interrompue ; dans ce cas, doit-il être présumé de bonne foi ? M. Boistel n'a pas envisagé cette situation. Finalement il paraît se rallier à un système hybride où l'idée de présomption de libération a sa place.

M. Lehr ¹, qui considère que la prescription est basée sur une présomption de paiement.

Nous nous expliquons mal, à vrai dire, que des auteurs sérieux se soient attachés à une telle doctrine ; s'il est une idée élémentaire, en notre matière, c'est que seules les courtes prescriptions reposent sur cette présomption. Pour celles-ci, pas de doute. En réservant au créancier qui se voit opposer l'une des prescriptions prévues dans les articles 2271, 2272, 2273, le droit de déférer le serment à celui qui invoque l'exception, le législateur français a entendu établir une présomption « résultant du besoin que les créances ont d'être payées promptement, de l'habitude de payer ces dettes sans un long retard, et même sans exiger de quittance, et enfin des exemples trop souvent répétés de débiteurs et surtout de leurs héritiers, contraints de payer plusieurs fois ² ». Mais la présomption de paiement est limitée aux courtes prescriptions ; il n'est pas à notre connaissance, du reste, que le système dont nous esquissons la critique ait trouvé grand écho : l'ancien droit lui-même, malgré l'influence canonique, ne l'avait pas adopté.

En résumé, certains jurisconsultes français, à la suite de quelques auteurs qui considéraient que la prescription n'était pas de droit naturel, se sont attachés à justifier cette institution de mille manières, et notamment par l'idée d'une présomption de paiement, qu'ils ont étendue hors du cercle restreint pour lequel le législateur en a tiré des conséquences précises ; mais ces arguments n'ont qu'un caractère subsidiaire ; car la pensée du législateur a dû être celle-ci : « J'institue la prescription comme mesure de salut public ; il peut en résulter la violation de droits légitimes ; mais il n'est pas absurde de supposer que l'abstention par un créancier de poursuivre son débiteur pendant trente ans résulte du paiement de la dette ; dans un cas, au moins, par conséquent, la prescription se légitime, même au regard de l'équité. » De tout ceci on ne saurait rien conclure en faveur de la thèse que nous combattons. Si le législateur avait estimé que la prescription de trente ans ne se justifiait, comme les prescriptions plus courtes, que par une présomption de paiement, il ne l'aurait pas assujettie à un régime différent de celles-ci, il aurait laissé au débiteur la faculté de déférer le serment.

1. V. ci-dessus, p. 84.

2. Locré, 16.

En Allemagne, la disposition de l'article 2275 n'a pas été reproduite par le Code de 1900. Si l'on a considéré que l'institution de courtes prescriptions reposait sur une présomption de paiement, on a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'attacher à cette idée de conséquences pratiques : le législateur allemand lui a donc donné moins d'importance que le législateur français ¹. *A fortiori* la prescription de trente ans ne peut-elle se ramener, dans le système du B. G. B., à une présomption de paiement ².

C. — La prescription est-elle une mesure de protection pour le débiteur?

Nous nous souvenons que M. Pillet, considérant que la prescription avait plusieurs fins, s'était attaché à rechercher son but principal, et admettait que le plus important était la protection du débiteur. Il concluait que la loi de la prescription dépendait du statut personnel de celui-ci. Mais le savant professeur a abandonné son point de vue primitif, avec raison, selon nous : car la protection du débiteur, dans l'hypothèse fréquente où il ne nie pas l'existence de sa dette, ne se comprend guère. Nous dirons de cette opinion comme de la précédente qu'elle n'est qu'une des raisons par lesquelles on peut, à l'occasion, motiver la nécessité de la prescription autrement que pour des raisons d'utilité publique.

En définitive, la prescription nous apparaît comme exclusivement fondée sur l'intérêt social. Dans certains cas, elle permettra au débiteur de repousser une action à laquelle il ne saurait plus défendre utilement, faute de pouvoir rapporter, après un long délai, la preuve de sa libération ; en d'autres hypothèses, elle paraîtra se justifier par la négligence du créancier ; parfois encore elle faci-

1. M. A. Mercier a dit que l'on doit considérer comme un argument péremptoire contre la théorie qui justifie la prescription par une présomption de paiement le fait que le créancier n'est pas admis, dans le cas de longue prescription, à déférer le serment à son adversaire. Cela ne nous semble pas très exact. Le B. G. B. en donne la preuve. Le législateur allemand a admis que les courtes prescriptions étaient basées sur des présomptions de paiement ; néanmoins, il a refusé de laisser au créancier la ressource de déférer le serment. Il a estimé, en effet, que cette délation pouvait avoir certains inconvénients, et notamment surprendre la bonne foi du débiteur trop consciencieux qui ne se souvient plus d'avoir payé. (Jourdan, *la Prescription en droit allemand*, p. 130 ss.) Une prescription peut donc être basée sur une présomption de paiement, sans que la délation du serment s'y applique.

2. Pour l'Italie, Cavaretta, *la Prescrizione nel diritto internazionale privato*, p. 14, note 3, *in fine*.

litera à un débiteur que son créancier a ménagé une libération que certains jugent scandaleuse ; mais peu importe : le législateur a jugé qu'il fallait faire abstraction de situations individuelles peut-être intéressantes pour ne plus considérer que le but suprême de l'institution ¹. Le but joue ici un rôle essentiel ; c'est ce qui se dégage des opinions que les auteurs ont émises à ce sujet. Bartole considère que la prescription a été établie *pro bono publico, ob publicam utilitatem*. Justinien ayant qualifié la limitation des actions d'*iniquum præsidium*, d'Argentré relève l'épithète avec sa fougue coutumière ² : *Et vero Apollinaris Sidonius præscriptionum rubricas omnem litem abolere scribit, et Cassiodorus præscriptionem humani generis patronam vocat... Quid si ita sunt, et bono publico repertæ sunt præscriptiones, et tanta tantorum virorum habent elogia, si dominia stabiliunt, si lites finiunt, si sollicitudinis finis sunt, si mortem immortalem demunt, si securitates cujusque confirmant, Quis jam inde colligat præscriptiones iniquum esse juris præsidium ?* Et Duaren précise : *Res enim, eas quarum incertum est dominium facile deserimus ; quod ne fiat reipublicæ interest* ³. C'est de Domat que sont tirées les principales dispositions du Code relatives à la prescription, et la définition légale de l'institution elle-même, donnée par l'article 2219. Or l'auteur des « lois civiles » s'exprime dans les mêmes termes que nos jurisconsultes coutumiers ⁴. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que l'exposé des motifs se borne à développer le point de vue qui n'avait jamais cessé d'être regardé comme fondamental en notre matière. « De toutes les institutions du droit civil, dit Bigot-Préameneu, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social ; et loin de la considérer comme un écueil où la justice est forcée d'échouer, il faut, avec les philosophes et avec les jurisconsultes, la maintenir comme une sauvegarde nécessaire du droit de propriété ⁵. » C'est à ce point de vue que se

1. Bartole, *In secundam Infortiati partem*, Aug. Taur., 1589, *Commentaire de la loi Nemo*, D., 30, 35.

2. *Préface au droit des appropriances*.

3. Duaren, *Opera omnia*, 1584, au titre III, L. 41, D., *de acquirenda possessione*.

4. Domat, *les Loix civiles*, éd. de 1745, p. 272 : « Quand il n'y aurait pas d'autre raison qui favorisât l'usage des prescriptions que l'utilité publique d'assurer le repos des possesseurs, il serait juste que la propriété des choses ne demeurât pas dans l'incertitude. »

5. Locré, 16, 557.

rallie l'immense majorité des auteurs français du ^{xix}^e siècle. Ceux mêmes, comme Troplong, qui considèrent, à propos du conflit de lois, que la prescription est destinée à punir la négligence du créancier, reconnaissent que ce principe est insuffisant pour légitimer la prescription du débiteur de mauvaise foi. Dans ce cas, « il faut s'élever à des rapports plus généraux et consulter le droit conventionnel qui, par des raisons d'utilité publique, crée souvent des droits et des devoirs qui n'ont pas leur fondement dans le droit naturel. C'est là et non ailleurs que réside le principe qui, après une épreuve de trente ans, donne accès parmi les droits légitimes au fait primitivement vicieux de celui qui n'a pas été inquiété pendant ce délai¹ ». Et Laurent, dans un passage énergique et précis², développe la même idée de la façon suivante : « Après un certain laps de temps, la possession doit devenir le principe du droit. C'est plus qu'un intérêt pour la société, c'est un droit d'existence. La société a donc un droit, le plus fort de tous, à opposer à l'individu ; c'est que la société ne se conçoit que là où la propriété est assurée. »

Nous nous bornerons à ces citations ; d'autres ne sauraient rien y ajouter. Se faisant l'écho d'une longue tradition historique, le législateur a donné, en termes non équivoques, son avis sur la question : nous sommes fixés ; et nous devons considérer comme acquis que la prescription lui paraît être l'institution d'ordre public par excellence, parce qu'elle constitue, à ses yeux, la clef de voûte du droit civil. Quant aux considérations relatives à l'influence générale du temps sur le droit, que les auteurs modernes ajoutent généralement aux arguments traditionnels pour justifier la prescription, ils nous semblent de moindre importance dans la détermination du caractère d'ordre public de l'institution ; car la prescription nous fournit précisément un exemple remarquable de l'effet du temps sur les droits. Nous ne pouvons, *a priori*, juger de l'effet du temps sur les phénomènes qu'il nous est donné d'observer à la surface du globe ; mais l'expérience journalière nous prouve que le temps exerce une influence fatale sur la vitalité des objets les plus divers, et nous sommes amenés à conclure, par induction, que rien ne résiste à son action. Il y aurait donc quelque

1. Troplong, *de la Prescription*, sous 2223 C. civ.

2. Laurent, 35, 5.

imprudence à transporter dans le domaine des phénomènes juridiques une vérité d'ordre essentiellement expérimental, avant de vérifier par l'observation si réellement le temps agit sur le droit ¹. A vrai dire, en constatant que dans une matière comme la nôtre le temps exerce une influence prépondérante sur la vitalité des droits, on sera amené à conclure, pour peu que l'on soit porté à la généralisation, que cette influence est une vérité d'ordre universel, une idée synthétique qui permet d'apercevoir, sous l'apparente diversité des phénomènes, les forces relativement simples qui les modifient ; mais n'allons pas, partant de cette même idée que l'examen d'autres phénomènes juridiques ont pu nous suggérer, conclure que la prescription se trouve en grande partie légitimée par le fait qu'elle dépend essentiellement de l'écoulement d'un certain laps de temps. Car en suivant cette méthode, il nous serait impossible de préciser quelles sont les conditions d'exercice de la prescription, de quelle manière il convient d'en déterminer le délai, à qui il est équitable d'en accorder le bénéfice, etc. ; nous saurions une chose, mais une seule, c'est que le droit ne peut résister au temps. Si, au contraire, considérant que

1. Sur l'effet du temps sur le droit, notamment en matière de prescription, v. Jourdan, *la Prescription d'après le Code civil allemand*, p. 18 ss. Le passage auquel nous renvoyons se rattache étroitement à la forte pensée de Windscheid : « Indem das Recht der Verjährung diese Kraft beilegt, erkennt es eine Wahrheit an, welche sich nicht bloss auf dem rechtlichen Gebiete geltendmacht. Die Zeit ist eine Macht der sich kein menschliches Gemüth entziehen kann ; was lange bestanden hat ercheint uns bloss desswegen, weil es bestanden hat, als ein Festes, Unumstössliches ; es ist ein Uebel, wenn wir uns in dieser Erwartung getäuscht finden ». (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, p. 544.) Cf. Crome, I, p. 504 : « Die Anerkennung der Verjährung als eines besonderen Rechtsinstituts beruht auf der Wahrnehmung dass... die Zeit auch auf die Rechte einwirken muss » et Cavaretta, *op. cit.*, p. 16. Mais nous estimons, comme il est dit au texte, qu'il n'est pas utile de poser à la base d'une dissertation sur la prescription des principes de cette nature, car ils ne sont pour le juriste d'aucun secours. Du principe fondamental que rien n'échappe à la puissance du temps, on devrait conclure, semble-t-il, que toutes les actions sont prescriptibles ; or nous savons qu'en droit français certaines actions sont imprescriptibles et en droit allemand les articles 194, § 2, 758, 902, 894, 898 et 924 B. G. B. consacrent l'imprescriptibilité de certaines actions, pour des raisons d'utilité, en raison de l'intervention prépondérante de l'idée de but dans les applications du principe. L'examen des faits confirme donc les résultats de l'analyse logique du phénomène : la seule considération que l'influence irrésistible du temps crée la prescription n'est pas une explication suffisante de l'institution. La doctrine du droit naturel admettait que le temps n'a pas d'influence sur le droit. (Béline, *Philosophie du Droit*, II, 286.)

l'existence de la prescription donne une raison nouvelle de croire que l'influence du temps détruit les biens immatériels comme les biens corporels, nous estimons que seuls le bon ordre des relations sociales, la vie même de la société, nécessitent l'extinction, dans un certain délai, des droits individuels, il nous sera plus facile de déterminer les conditions de son fonctionnement, les limites qu'il convient d'apporter à son principe. En un mot, la détermination des caractères d'une institution juridique doit être dominée par l'idée de but, car le droit a une fin essentiellement pratique ; la philosophie du droit, en rattachant une série de ces institutions à un principe unique, ne peut nous servir de point d'appui que dans la mesure où l'idée générale qu'elle formule contribue à mieux faire connaître le but à atteindre.

Peu importe, par conséquent, le reproche d'injustice adressé parfois à la prescription ; il est exact que cette institution consacrerait des usurpations ; mais les services qu'elle est susceptible de rendre compensent largement les inconvénients que la pratique a pu révéler. La notion d'équité est trop imprécise pour qu'il soit permis d'y sacrifier les intérêts de la vie économique d'une nation. Le fait qu'elle est consacrée dans toutes les législations rend, du reste, superflue toute discussion à ce sujet ¹.

La conséquence logique du principe fondamental de la prescription a été consacrée par toutes les législations : la prescription ne peut être ni écartée ni rendue plus difficile. Aux termes de l'article 2220 du Code civil reproduit par le B. G. B., « on ne peut d'avance renoncer à la prescription, on peut renoncer à la prescription acquise ². » On peut y renoncer, dès qu'elle est acquise, parce qu'il n'est interdit à personne de faire abandon de ses droits à un

1. Dans le sens de Larombière, qui critique la prescription libératoire, parce que le débiteur qui en bénéficie n'est pas couvert, comme dans l'usucapion, par la possession, on peut citer R. de la Grasserie, qui a soutenu dans *la Revue pénitentiaire*, 1898, p. 650 ss. que la prescription est une institution très contestable, qu'elle n'est pas fondée en raison, qu'elle est une source de procès (?), etc. M. Tissier, *de la Prescription*, 3^e éd., p. 25, n^o 2, a vu, non sans justesse, dans ces affirmations nouvelles une hardiesse facile. Tous les paradoxes, en effet, ne sont pas nécessairement ingénieux.

2. Article 225, B. G. B. : « La prescription ne peut être exclue ni rendue plus difficile par acte juridique ; il est permis de la rendre plus facile, et notamment d'en abrégier le délai. » Cet article a moins de précision que l'article 2220 C. civ. Mais aucun doute n'existe sur son interprétation. (A. Jourdan, *op. cit.*, pp. 109-110.)

tiers ; mais le débiteur ne saurait, par un pacte, se dépouiller d'une protection que la loi lui accorde dans un intérêt général. Bartole disait déjà : *Ego dico quod usucapio est introducta propter bonum publicum principaliter ; ergo per pactum remitti non potest*¹. Sur ce point, pas de discussion. Le corollaire, c'est qu'il doit être interdit de rendre plus difficile la réalisation de la prescription, soit en allongeant conventionnellement la durée des délais, soit en s'entendant pour admettre d'autres causes de suspension ou d'interruption que celles prévues par le législateur. Cette conséquence est admise en termes exprès dans l'article 225 du B. G. B. Le Code civil la sous-entend. Il serait trop facile, en effet, par l'insertion d'une clause qui serait vite d'usage dans les conventions, de rendre les droits imprescriptibles.

Mais ce principe subit en théorie et en pratique des modifications importantes, et que nous devons examiner en droit allemand et en droit français, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence ; l'imprécision de certaines dispositions légales a paru laisser à l'interprète la liberté d'oublier les termes formels de la loi ; d'autres dispositions semblent même absolument inconciliables avec le principe que l'on estime essentiel en la matière.

II

Tout d'abord, la jurisprudence française a reconnu que les parties peuvent valablement, par un accord, suspendre pendant un certain temps le cours de la prescription ou de la péremption²⁻³.

1. Commentaire de la loi *Nemo potest*, 58, D., de *Legatis*. Cf. D., 38, de *Pactis*, et D., 27, de *reg. juris*.

2. Cour d'appel de Toulouse, 18 mai 1868 (*Sarrié c. Mansel*), S. 71.2.156. Les parties avaient signé un compromis aux termes duquel elles déclaraient que « dans le cas où l'arbitrage deviendrait sans objet par quelque cause que ce fût, l'épouse Sarrié reprendrait les errements de l'instance par elle formée et pourrait poursuivre le jugement comme s'il n'y avait pas eu de compromis, sans qu'aucune prescription ou péremption de procédure pût lui être opposée par la veuve Seignons, sa sœur ». Cette clause était attaquée comme contraire à l'article 2220 C. civ., en ce qu'elle comportait renonciation à une prescription ou à une péremption non acquise. Mais la Cour décida « qu'en effaçant, par une stipulation formelle, dans le calcul du temps utile à prescrire, celui qui devait s'écouler depuis la signature du compromis jusqu'au jour assigné pour la fin de l'arbitrage, et en attachant à une telle stipulation un effet suspensif, aucune des parties ne renonçait à une prescription ou à une péremption non encourue ; que par cette stipulation les parties convenaient seulement de retarder la marche de

La Cour de cassation a jugé que le sursis accordé par un créancier à son débiteur sur la demande de celui-ci, jusqu'à l'arrivée des pièces nécessaires pour l'établissement du chiffre de la créance ¹, emporte à la fois renonciation à la prescription, qui pourrait être alors acquise contre ce créancier, et suspension, pendant la durée de ce sursis, du cours de la prescription pour l'avenir ; elle a même décidé que la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement quelconque, notamment par suite d'un empêchement résultant d'une convention. Dans ces hypothèses, la jurisprudence a consacré en fait une augmentation conventionnelle du délai de prescription ².

la prescription en vue d'un arrangement amiable ; qu'elles entendaient si peu renoncer à la prescription que, le cas où l'arbitrage n'aboutirait pas se réalisant, la prescription devait recommencer son cours ; qu'on peut enrayer la marche d'une prescription sans mettre cette prescription au néant, et se priver éventuellement de son bénéfice... » — 3. Sur toutes ces questions, v. les développements remarquables de M. le professeur Tissier, *De la Prescription*, 3^e éd.

1. Cass. Req., 28 novembre 1865 (*Guillot c. Administration de la Marine*), S. 67.1.191. L'espèce était la suivante : Les sieurs Guillot, propriétaires d'un navire dont la cargaison avait été réalisée à la suite d'un naufrage, furent sollicités par l'Administration de la Marine de fournir un état de répartition des sommes dues sur le produit de cette vente aux hommes d'équipage. Cet état se montait, d'après les sieurs Guillot, à 7.858 francs. Mais les propriétaires demandèrent à ne verser provisoirement que 6.039 francs, car ils avaient fait, disaient-ils, un certain nombre d'avances, jusqu'à concurrence de la différence, aux hommes d'équipage ; et ils obtinrent de l'Administration de la Marine un sursis pour le règlement définitif des sommes dues jusqu'au retour du capitaine, qui était en possession des livres de bord. Trois ans après, l'inscription maritime, sans nouvelles, assigne les sieurs Guillot. Ces derniers excipent de la prescription annale de l'article 433. C. Com. Le 6 février 1864, le tribunal de commerce du Havre se prononce pour la validité d'une suspension conventionnelle de la prescription semblant invoquer à l'appui de sa décision que l'article 434 C. Com. n'est pas limitatif et que des « circonstances particulières » peuvent avoir le même effet sur l'interruption de la prescription, que l'existence de cédule, obligation, etc., mentionnés expressément dans cet article. Il déclare en outre qu'« on ne saurait admettre une doctrine contraire sans blesser l'équité. La Cour de Rouen, le 18 juin 1864, aperçoit le point faible de l'argumentation ; elle confirme le jugement du Havre, mais en spécifiant que par « circonstances particulières » les premiers juges n'ont entendu que les causes énumérées par l'article 434 C. Com. L'argumentation de cassation des sieurs Guillot portant précisément sur l'impossibilité d'appliquer à l'espèce l'article 434, la Cour n'invoque plus ce texte pour confirmer l'arrêt ; mais elle résoud le problème en se demandant si une suspension conventionnelle est possible et se décide pour l'affirmative. Dans le même sens, Cass. belge, 4 octobre 1894, S. 95.4.19, et D. 96.2.169. (*Ministre des chemins de fer c. Walfer*.)

2. Cass. 28 juin 1870 (*Cayre c. Itié*), S. 71.1.137 et note. Cet arrêt décide

C'est ce que M. Bourcart reconnaît dans une note insérée sous un arrêt de Nancy ¹ ; il écrit qu'on ne peut renoncer d'avance à la prescription, mais qu'on en peut retarder la marche ; que cette distinction, bien que subtile, est fondée en raison. Mais il conclut : « Au fond, cela revient à se demander si les conventions qui allongent la durée de la prescription sont prohibées par l'article 2220, quoiqu'elles ne portent que sur le délai et non point précisément sur la renonciation elle-même. » Comment donc justifier, autrement que par des motifs d'équité, une combinaison qui paraît contraire, par ses résultats, au vœu formel du législateur ? Laurent répond à la question par la question ² : « L'article 2220, dit-il, ne fait qu'appliquer une règle de droit commun écrite dans l'article 6. C'est ce principe qui décide de la validité de la convention ; si les parties ont dérogé à des lois qui concernent l'ordre public ou, en termes plus généraux, si leurs conventions sont contraires à l'intérêt public, elles sont par cela même frappées de nullité ; tandis qu'elles sont valables si l'intérêt général n'est plus en cause ». M. Lyon-Caen écrit : « La convention prolongeant la durée d'une prescription qui a commencé à courir (ce qui suppose, en principe, que la dette est exigible) est valable, pourvu que la durée dont la prescription est prolongée n'excède pas celle de la prescription fixée par la loi. Il serait singulier qu'il n'en fût pas ainsi, alors que la loi admet l'interruption de la prescription, notamment par un acte de reconnaissance du débiteur postérieur à l'échéance de la dette, et que l'interruption, en faisant réputer non avenu le temps déjà écoulé, conduit en définitive à une prolongation du

que lorsqu'un enfant, en recevant de son père, à titre de dot, une somme pour droits maternels, s'est laissé interdire, par le contrat de mariage, de demander, tant que son père vivrait, le partage de la succession de sa mère, et qu'il est constaté par les juges que cette interdiction avait pour but de paralyser entre les mains de l'enfant doté l'action en nullité d'un partage antérieur que cet enfant pouvait, du chef de sa mère, intenter contre son frère, la prescription de l'action en nullité a été suspendue tant que l'exercice de cette action a été empêché par la clause d'interdiction. La Cour formule ce principe : « La prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, de la convention, ou de la force majeure. » Dans le même sens, C. cass., 22 juin 1853 (S. 1855.I 511).

1. Cour de Nancy, 16 novembre 1889 (*Caresme c. Pabst et Wirion*).

2. Laurent, 32, 184.

délai après lequel le débiteur peut invoquer la prescription ¹. » Il est certain que dans les hypothèses où la convention aboutit à un résultat identique à une interruption de la prescription, selon l'un des modes reconnus par les articles 2242 et suivants du Code civil, l'observation du maître est juste ; que le débiteur reconnaisse sa dette, ou qu'il convienne avec son créancier que cette dette ne sera prescrite que dans un délai de *x* années, qui est précisément le délai de la loi en l'espèce, peu importe. L'on ne saurait au surplus voir de difficultés spéciales en la circonstance, puisque la renonciation prévue par l'article 2248 peut être tacite et s'induire des termes mêmes de la convention sur la validité de laquelle on essaie de se prononcer. Mais supposons, au contraire, qu'il s'agisse d'une convention dont le but est de suspendre la prescription : la réponse sera-t-elle identique ? Nous le concevons difficilement : l'article 2251 décide que la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception prévue par la loi ; or cet article est d'ordre public, et il n'est pas douteux que les cas de suspension ne soient limitativement énumérés par la loi. M. Lyon-Caen n'a pas prévu cette hypothèse. La Cour de cassation, dans son arrêt du 28 novembre 1865, s'est bornée à déclarer « qu'il serait contradictoire aux principes de la matière qu'une prescription pût courir au profit d'un débiteur pendant le sursis qu'il aurait sollicité et obtenu pour l'exécution de ses obligations ». Le raisonnement n'a rien de concluant ; la demande de sursis peut équivaloir à une renonciation, sans qu'on soit autorisé à décider que, pendant la durée de ce sursis, la prescription sera suspendue, contrairement aux termes de l'article 2251. M. Tissier a sans doute donné la meilleure raison en faveur de ces interprétations très libres ; il considère que « la loi qui permet de fixer un terme pour le paiement d'une créance et de retarder ainsi le point de départ de la prescription ne saurait interdire une convention par laquelle, pour un motif déterminé, on décide que la prescription d'un droit ne courra, ou ne recommencera à courir, ou ne continuera de courir, qu'après un certain temps ». Mais cette argumentation ne nous a pas convaincu. Il est vrai que la loi reconnaît aux parties le droit de retarder comme il leur plaît la naissance de l'action, en retardant l'époque du

1. Note sous cassation, 4 décembre 1895 (*Cie d'Orléans c. Valatz*), S. 96.1.113.

paiement ; mais dès que l'action est née, la question de la prescription se pose, et nous quittons le domaine du droit conventionnel.

Les parties qui stipulent que la prescription ne commencera ou ne recommencera à courir que six mois après le jour où l'action est née allongent en réalité de six mois le délai légal de la prescription ; le débiteur renonce par avance à se prévaloir d'un droit dans les six mois qui suivront le jour où il lui sera légalement acquis. Au contraire, la convention qui fixe un paiement à une date déterminée ne comporte aucune renonciation de ce genre : les parties ne font qu'user d'un droit qui n'a reçu du législateur aucune limitation.

Ainsi la jurisprudence que nous venons d'esquisser considère qu'il lui appartient de décider souverainement si la clause contractuelle touchant à la suspension de la prescription est ou non contraire à l'ordre public ; nous la voyons donner, dans des hypothèses où les solutions qu'elle propose nes emblent que des conséquences particulières de la survivance injustifiée de la règle *contra non valentem agere non currit præscriptio*, une interprétation du Code que les auteurs ne parviennent pas à justifier¹⁻².

1. L'idée qui a été condamnée par la Cour de cassation a, on le voit, une grande analogie avec celle qui, dans le problème de la prescription en droit international, a fait condamner par les partisans de la *lex contractus* le système de la *lex fori*. Dans les deux cas on essaie d'éviter qu'une circonstance fortuite, dans l'une des hypothèses le changement de domicile, dans l'autre la découverte tardive du vice, n'ait des conséquences funestes pour celui qui n'a pu la prévoir.

2. On retrouve le même illogisme de la jurisprudence dans la survivance à notre époque de la règle *contra non valentem agere non currit præscriptio*, formulée avant Bartole (loi 1, § 2, C., *de annali exceptione*), par Irnerius, en termes équivalents (Joseph Clément, *de la Règle « contra non valentem »*... 1901, p. 1, note), et développée par le droit canonique. Les rédacteurs du Code, qui savaient que les immunités nombreuses accordées sous l'ancien régime aux personnes que l'on croyait incapables, pour une raison quelconque, d'interrompre la prescription, avaient eu tendance, sans y réussir complètement, à paralyser l'institution, spécifièrent dans l'article 2251 que le cours de la prescription ne pouvait être suspendu que pour les raisons limitativement énumérées par le législateur. Mais la jurisprudence de la Cour de cassation a admis, dès le début du XIX^e siècle, peut-être sous l'influence de Merlin et aussi de Troplong (*op. cit.*, II, § 701), qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte du changement apporté par le Code à la législation ; et elle a décidé, en termes généraux, que « la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la conven-

III

Mais il y a mieux : la jurisprudence a admis la validité de conventions qui modifient directement la durée des délais ; et nous avons pu lire sous la plume de M. Tissier cette proposition étonnante : « D'une façon générale, certaines prescriptions fixées par la loi à un temps plus court que le délai de trente ans

tion, soit de la force majeure ». Elle a reconnu que la prescription ne court pas « toutes les fois que le créancier peut raisonnablement et aux yeux de la loi ignorer l'existence du fait qui donne naissance à son droit, et, par suite, ouverture à son action ». (V. arrêts cités par J. Clément, *op. cit.*, p. 136 ss., *passim*, et Tissier, *op. cit.*, § 369 ss., p. 285 ss. et les notes. Il n'y a pas, à notre connaissance, de jurisprudence plus récente.) Cette dernière solution est, du reste, en contradiction avec les principes généralement reconnus dans l'ancien droit. (Dunod, 65.) La Cour de cassation a jugé aussi que la convention qui suspend la prescription est un obstacle de fait à son accomplissement. C'est l'hypothèse que nous avons examinée au texte, avec cette différence que l'opinion que nous critiquons prétend qu'il n'est pas indispensable de faire appel à la règle *contra non valentem*... pour consacrer le même résultat. Enfin elle a reconnu que la force majeure, le cas de guerre notamment, était un obstacle à l'accomplissement normal de la prescription. Mais toutes ces solutions sont inadmissibles en raison de la nature de la règle contenue dans l'article 2251. Comme l'a remarqué M. Tissier, qui a consacré à cette question une longue étude (*op. cit.*, § 366 ss.), la jurisprudence ne saurait expliquer, même par l'interprétation « judaïque » qu'elle donne de l'article 2251 (*op. cit.*, § 374), pourquoi elle admet une suspension de la prescription dans les cas énumérés plus haut, et pourquoi elle la dénie, contrairement à la pratique de l'ancien droit, en cas d'aliénation mentale ou d'absence du créancier. Une théorie transactionnelle soutenue par Aubry et Rau (5^e éd., p. 499 ss., § 214), après Duranton (21,522) et Zachariæ, qui repose sur la distinction des obstacles de fait et des obstacles de droit empêchant le créancier d'agir, n'est pas plus satisfaisante, et pour les mêmes raisons. L'obstacle de droit empêcherait le cours de la prescription ; l'obstacle de fait, au contraire — sauf toutefois la restriction apportée au principe par Aubry et Rau (*op. cit.*, p. 500) et qui détruit d'ailleurs l'harmonie du système (Tissier, *op. cit.*, § 379) ne l'empêcherait pas de courir. — A plus forte raison nous est-il absolument impossible d'admettre, avec M. Joseph Clément, que la maxime *contra non valentem*... « ressortit exclusivement au domaine de la jurisprudence et de la doctrine, et ne saurait trouver place en législation ». En lisant cette proposition, qui a au moins le mérite d'exprimer avec franchise l'état d'esprit de la jurisprudence, on en vient à se demander quelle est l'utilité de la loi écrite.

La controverse — ceci est particulièrement intéressant à notre point de vue — a un caractère international. M. Joseph Clément en donne un exposé que nous résumerons très brièvement. En Belgique, Laurent (32, 40), fidèle à sa méthode d'interprétation, admet que le Code n'a consacré que des applications particulières de l'adage. Au contraire, Thiry (*Cours de droit civil*, 1893, IV, p. 535), Arntz (*Cours de droit civil*, II, n^o 1999 ss.), Beltjens (*Encyclopédie du droit civil*, 1^{re} part., IV, sous art. 2251), consacrent la survivance de la règle *contra*

peuvent, quand l'ordre public n'y est pas intéressé, être prolongées par les parties ¹. »

C'est à propos de l'action des articles 1792 et 2270 du Code civil que la jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer ce principe. Ces articles disposent que les architectes et entrepreneurs sont responsables des conséquences du vice de construction pendant un délai de dix ans. Des difficultés considérables se sont élevées au sujet de leur interprétation. Résumons-les brièvement. Deux hypothèses sont possibles : 1° Aucun vice de construction ne se révèle pendant le délai de dix ans qui suit la réception des travaux ; dans ce cas il n'est pas douteux que les constructeurs ne soient libérés. 2° Mais lorsqu'un défaut de construction, susceptible de mettre en jeu la responsabilité qui dérive de ces articles, se manifeste avant l'expiration du délai qu'ils ont fixé, on peut se demander de quelle manière il faut calculer ce délai.

Trois systèmes se sont partagé la doctrine et la jurisprudence ; dans une première conception, on admettait que les articles 2270 et 1792 accordent au propriétaire, pour intenter son action, un délai de dix ans qui part du jour où cette action est née avec la découverte du vice de construction ; mais pour qu'elle puisse être intentée, il est nécessaire que les malfaçons se révèlent dans le délai de dix ans. Un second système considère, comme le premier, que le délai de dix ans détermine le laps de temps pendant lequel la découverte du vice de construction peut être le point de départ d'une action en responsabilité contre l'architecte ou l'entrepreneur ; mais le propriétaire aurait un délai de trente

non valentem..., au moins en ce qui concerne l'obstacle légal. En Italie, la jurisprudence est hésitante et semble plutôt défavorable à l'application de la règle, même limitée à l'obstacle légal. A part Chionone (*Istituzioni di diritto civ. ital.*, Turin, 1888, p. I, § 107, et *Questioni di diritto*, Turin, 1890, p. 35), les professeurs italiens se prononcent pour l'application générale de la règle *contra non valentem...*, aux seuls obstacles de droit. (V. not. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, VIII, § 244.) La jurisprudence portugaise admet les solutions jurisprudentielles françaises. En Autriche, la rédaction équivoque de l'article 1478 *in fine* du Code civil permet de croire à la survivance de la règle. (Unger, *System.*, 3^e éd., II, p. 421.) Au Canada (art. 2232 C. civ.) et d'après l'article 952 du Code de Monténégro, l'adage a force de loi. En Espagne, le Code de 1889, d'après Felipe Sanchez Román (*Etudes de droit civil*, III, p. 280, n^o 57), consacrerait l'influence d'un obstacle de fait, mais non d'un obstacle de droit.

1. Tissier, *op. cit.*, 64 bis, p. 58.

ans pour exercer son droit. Les articles 2270 et 1792, a-t-on dit, ne déterminent que la durée de la garantie due par ceux que la loi présume responsables des accidents survenus ; faute de texte spécial, l'article 2262 fixe la durée de l'action née de cette obligation de garantie. Enfin une troisième solution, qui a triomphé devant les Chambres réunies de la Cour de cassation, décide que le délai des articles précités détermine à la fois le délai de garantie et le délai dans lequel l'action doit être intentée ¹.

Pour quelle raison la Cour de cassation se rangea-t-elle à cette opinion ? Les auteurs qui accordaient au propriétaire trente ans pour agir après la découverte du vice de construction s'appuyaient principalement sur un argument de bon sens, d'une grande simplicité ; s'il n'existe, disaient-ils, qu'un seul délai pour la naissance de l'action et pour son exercice, l'action née le dernier jour du délai de dix ans ne pourra être exercée utilement par le propriétaire victime de malfaçons ; il est donc nécessaire qu'il dispose d'un délai suffisant pour pouvoir interrompre la prescription ². Mais on répondit à cette argumentation équitable au premier chef que l'intention du législateur ³, très suffisamment mise en lumière par les travaux préparatoires et les précédents historiques, avait été de fixer un délai fatal à l'exercice de l'action, quelles que soient les circonstances, et de ne pas reproduire la solution donnée par l'article 2257 à propos de la garantie d'éviction ; on ajouta que l'adage *actioni nondum natæ non præscribitur* n'était pas passé dans le droit moderne. Cependant, le procureur général Barbier, dans ses conclusions, sans nier la valeur de ces arguments, éleva le débat ; il chercha à préciser l'idée qui devait dominer le conflit, et c'est au principe que nous avons posé dans la première partie de ces développements qu'il eut recours. « Nous avons recherché, dit-il en terminant, la loi de la loi, et nous avons cru qu'elle devait édicter et qu'elle édicte en effet une prescription unique, courte, absolue, définitive, conséquente en cela avec cet immense besoin de paix qui est la fin même de la justice : *pax opus justitiæ*, conséquente avec cet intérêt supérieur et d'ordre public qui est de tous les temps, de tous les

1. Tissier, *op. cit.*, p. 59.

2. Paris, 6 janvier 1894, S. 95.2.7. Tissier, *op. cit.*, § 705, p. 343.

3. 2 août 1882, S. 83.1.5.

pays, de toutes les législations et dont la brève formule semble être celle-ci : diminuer le nombre des procès, en abrégier la durée. C'est là l'idéal qui depuis longtemps est poursuivi ; c'est celui vers lequel tend de plus en plus la logique de l'esprit moderne. C'est à cette règle qu'il convient d'obéir, non seulement quand il s'agit de faire la loi, mais encore quand il s'agit de l'interpréter. »

Il est difficile d'être plus explicite ; nous retrouvons ici affirmée, en termes dont on ne saurait méconnaître la force, l'idée qui nous a paru fonder à elle seule la prescription. On en a conclu, par une pente naturelle à exagérer la portée du principe, que l'article 1792 établissait au profit des architectes et entrepreneurs un délai préfix qui comme tel n'est pas susceptible de suspension ¹. Et M. Tissier approuve généralement ces conclusions, précisément pour les motifs présentés par le procureur général. Cependant, quand il s'agit de savoir si le délai de l'article 1792 peut être allongé par une convention, le jurisconsulte n'hésite pas : « C'est avec raison, dit-il, que le conseil d'État a jugé que l'article 2220 n'a pas ici d'application à recevoir, et qu'il n'y a rien de contraire à l'ordre public à prolonger la garantie des architectes et entrepreneurs au delà du temps fixé ². » Le conseil d'État a décidé en effet, le 3 janvier 1881, que le délai de dix ans ne constitue qu'un temps d'épreuve de la bonne exécution des travaux et de la solidité des constructions qui peut être augmenté au gré des parties contractantes ³.

À considérer cette jurisprudence sous l'angle du droit interne, nous craignons qu'elle ne constitue une erreur d'interprétation. Les auteurs et la jurisprudence estiment que la détermination entre les parties des limites, dans le temps, de la responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur relativement à la bonne exécution de l'ouvrage est parfaitement licite : mais la raison de cette décision n'apparaît dans aucun traité, dans aucun arrêt ; et l'on chercherait vainement, à l'aide des espèces, une justification de cette solution autre que des considérations d'équité, qui, nous ne l'ignorons pas, ne saurait avoir aucune influence sur la construc-

1. Voir les développements donnés par Labbé sous l'arrêt des Chambres réunies, précité.

2. *Op. cit.*, § 709 *in fine*, p. 552.

3. 3 janvier 1881, S. 82.3.34 (*Ville de la Fère c. Gallant*).

tion d'une théorie de la prescription. De deux choses l'une : ou bien il faut considérer le délai de l'article 1792 comme suppléant à la volonté des parties, — mais alors son caractère d'ordre public absolu disparaît, et à plus forte raison l'assimilation aux délais préfix de cette prescription conventionnelle ne peut, en principe, se justifier ; — ou bien il faut s'en tenir aux termes de l'arrêt des Chambres réunies, et déclarer atteinte de nullité radicale toute convention qui aurait pour but de prolonger le délai légal. A notre avis, il ne saurait y avoir de doute. L'histoire, les travaux préparatoires que le procureur général avait particulièrement étudiés, ne laissent aucune incertitude sur la volonté du législateur. Les articles 1792 et 2270 ont le caractère de dispositions impératives de prescription. Le délai, en raison des procédés de construction modernes, en est peut-être trop court ; mais où la loi n'a pas distingué *nec nos distinguere debemus*.

Nous nous trouvons donc en présence de séries d'arrêts et d'opinions doctrinales qui admettent la validité d'une prolongation conventionnelle de la prescription. Ces jurisprudences nous semblent critiquables ; le législateur a exprimé sa volonté, l'expression de cette volonté est claire ; il nous paraît qu'on n'y a pas eu égard ; mais les arrêts cités constituent des faits que l'on ne peut méconnaître ; il est incontestable que nous nous trouvons en présence d'une tendance nettement marquée de l'interprète à dépouiller la prescription de son caractère obligatoire. Nous verrons dans la suite quelle influence cette constatation peut avoir sur la solution de la difficulté que nous examinons.

Était-il facile, au surplus, de rester, en ces matières, logique avec soi-même ? Le législateur lui-même va nous montrer qu'une construction systématique de la théorie de la prescription n'est pas chose aisée.

Plusieurs dispositions légales, en effet, paraissent contraires au principe même de la prescription.

C'est d'abord l'article 1648 du Code civil, qui décide : « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai, suivant la nature du vice rédhibitoire et l'usage du lieu où la vente est faite. » Une question se pose nécessairement, puisque rien ne permet de savoir ce qu'il faut entendre par court délai : le législateur, en laissant à l'arbitraire du juge le

soin de déterminer souverainement si l'action intentée par l'acheteur est tardive, ne s'est-il pas mis en contradiction avec la volonté, qu'il a clairement exprimée par ailleurs, de renfermer les actions dans un laps de temps toujours déterminé avec précision ?

Les rédacteurs du Code n'ont pas prévu l'objection : ils avaient en vue le droit romain, qui ne donnait qu'un délai de six mois pour l'action rédhibitoire en résolution de vente et enfermait dans le délai d'un an l'action *quantum minoris*, en diminution de prix. La législation coutumière avait conservé l'usage de ces délais, mais en les diminuant encore, notamment en matière de vente d'animaux. Par suite, les législateurs pouvaient se croire autorisés à penser que le juge, éclairé par les précédents historiques, n'abuserait pas du pouvoir qu'ils lui accordaient. L'événement a vérifié cette façon d'envisager les choses ; la jurisprudence a usé des pouvoirs que la loi lui a conférés avec un extrême ménagement.

Mais il est certain que la formule légale, beaucoup trop vague, pourrait permettre, à l'occasion, de légitimer un délai de quinze ou vingt ans, contrairement à la volonté certaine du législateur. Il y a là une porte ouverte à l'arbitraire du juge et, par suite, dans une certaine mesure, une déformation de la notion fondamentale de la prescription, institution d'ordre public et rigoureusement obligatoire.

Dans l'article 2 de la loi du 2 août 1884, qui a précisé la notion de vices rédhibitoires chez les animaux domestiques, le danger apparaît plus manifeste encore : « L'action en garantie dans les ventes ou échanges d'animaux domestiques sera régie, à défaut de conventions contraires, par les dispositions suivantes... » Les parties sont donc libres de déterminer comme il leur plaît le délai de garantie ; il ne s'agit plus ici d'un court délai ; il n'est question que du délai que les parties voudront insérer dans le contrat. Mais la prolongation du délai légal, fixée par l'article 5 à neuf jours ou trente jours, comporte-t-elle des limites ? Est-il permis à l'acquéreur d'un cheval de stipuler un délai de garantie de dix ans à raison des vices rédhibitoires prévus par la loi ? Nous ne voyons pas, à considérer les termes de la disposition légale, comment un tribunal pourrait annuler la clause consacrant cette extension du délai légal ; mais il est cepen-

dant certain qu'en admettre la validité serait à aller à l'encontre de la volonté du législateur. Où trouver une conciliation des deux idées? Dans les pouvoirs arbitraires du juge? C'est évidemment la seule solution acceptable; mais c'est consacrer, une fois de plus, l'instabilité du droit.

IV

En droit allemand, nous rencontrons aussi des cas de suspension ou de prolongation conventionnelles du délai de prescription libératoire, qui paraissent en désaccord avec les idées du législateur de 1900 sur les principes fondamentaux de l'institution.

Tout d'abord il est probable que l'article 202 B. G. B. permet une extension indirecte du délai de prescription par une suspension conventionnelle de son cours. Aux termes de cet article, la prescription est suspendue aussi longtemps que le terme de la prestation n'est pas expiré ou que l'obligé est, provisoirement, d'un autre chef, autorisé à la refuser. Cette disposition n'est pas applicable à l'exception dérivant du droit de rétention, de la non-exécution du contrat, du défaut de sûreté, du bénéfice de discussion ni aux exceptions appartenant, d'après l'article 770, à la caution et d'après les articles 2014 et 2015, à l'héritier. Par conséquent, s'il est intervenu entre le demandeur et le défendeur une convention accordant un sursis à l'obligé de telle sorte que celui-ci puisse se refuser à exécuter la prestation qu'il doit fournir, aux termes du contrat, le cours de la prescription est suspendu. Il est vrai que dans les cas énumérés par le § 2 de l'article 202, quand il dépend du demandeur de faire cesser l'exception que le défendeur peut opposer légitimement à la demande d'exécution, la prescription n'est pas suspendue. A et B contractent. A n'exécute pas son obligation, B refuse le paiement. Aux termes de l'article 202, § 1, B ayant une raison légitime de ne pas s'exécuter, la prescription devrait être suspendue au profit de A. Mais comme, en l'espèce, il dépend de A, en effectuant la prestation convenue de faire cesser l'exception que B peut opposer à la demande en paiement, la prescription n'est pas suspendue.

Or, lorsque celui qui est en droit d'exiger une prestation s'est entendu avec l'obligé pour lui permettre de n'exécuter ses obligations qu'au bout d'un certain délai déterminé par les parties, le demandeur n'est pas maître de faire cesser l'exception du défendeur ; car ce serait détruire la convention qui accorde le sursis. L'article 202, § 2, est donc inapplicable.

Il semble que cette conséquence de l'article 202, § 1, n'ait pas été nettement aperçue par ceux mêmes dont l'attention a été attirée par le caractère souvent contradictoire des dispositions du Code de 1900, touchant le principe de la prescription et ses conséquences ; mais il ne nous paraît pas douteux que le développement logique des dispositions que nous venons d'analyser ne conduise à la solution proposée : l'histoire des causes de suspension sous le régime du *Gemeine Recht* nous donne, en faveur de cette thèse, d'excellents arguments ¹.

Quant aux obstacles de fait, le juge est autorisé à en tenir compte, d'après l'article 203, mais sous certaines conditions particulières, et seulement dans le cas où il s'agit de force majeure (*Höhere Gewalt*). Or, cette notion de force majeure doit s'interpréter, d'après les commentateurs, restrictivement ². « L'article 203, dit Plank, détermine les cas dans lesquels la prescription est suspendue, parce qu'un obstacle de fait ne permet pas la poursuite de l'action (*Anspruch*). Tous les obstacles de fait ne suspendent pas la prescription ; il faut qu'il s'agisse d'une suspension du cours de la justice, ou d'autres cas de force majeure. Le B. G. B. ne définit

1. En Allemagne, sous l'empire du *Gemeine Recht*, les règles de suspension se résument dans cette proposition de Dernburg (*Pandekten*, § 147, note 12) : « Les cas spéciaux où la prescription est suspendue sont ceux prévus par les lois romaines. (1, § 2, au Code, de *annali exceptione*, 7, 40 ; 30, § 2, C. de *jure dotium*, 5, 12 ; 22, § 11, C. de *jure deliberandi*, 6, 30 ; § 29, Instit. de *rerum divisione*, 2, 1.) Ces diverses hypothèses ont inspiré la règle *contra non valentem*..., dont la formule trop générale expose à des erreurs. » Or Windscheid, qui développe cette formule (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9^e éd., I, § 109, note 2, p. 564), admettait qu'en cas de délai donné au débiteur, la prescription était suspendue, l. 8 *in fine*, C. 7.71. Il est vrai qu'en vertu de l'article 14, § 4, de l'Eg. z. C. P. O. : « Cessent d'avoir effet... 4^o les règles sur la concession des délais de grâce, sur les délais de jugement et sur le pouvoir donné au tribunal d'accorder au débiteur, lors de la condamnation, des délais de paiement. » Mais la disposition ne s'applique visiblement qu'aux délais judiciaires, à l'exclusion des délais conventionnels. (Cf. Code civil allemand, Ed. Saleilles, note sous article 202.)

2. Plank, sous art. 202 ss.

pas la notion de force majeure ; il en abandonne la détermination à la doctrine et à la jurisprudence ; mais la rédaction de l'article 203 fournit un point d'appui qui permet de préciser le sens que le B. G. B. donne à l'expression force majeure ; il en résulte que l'interruption du cours de la justice, mentionnée au premier paragraphe, est considérée comme un cas de force majeure. S'il peut subsister des doutes sur certaines hypothèses particulières, il n'en est pas moins clair que tout obstacle « immérité » (*Unverschuldete Hinderniss*) ne doit pas être pris en considération et que l'on ne doit regarder comme rentrant dans les cas de force majeure que les empêchements provenant d'événements extérieurs inéluctables. Par suite, on ne doit pas prendre en considération des empêchements fondés uniquement sur la personne du débiteur ; en particulier, on n'aura pas égard au fait que l'intéressé ignore, sans qu'on puisse le lui reprocher, son droit, ou la personne de l'obligé. » Le domaine des empêchements de fait capables de suspendre la prescription en faveur du créancier est donc étroitement limité ; par conséquent, si le B. G. B. contient certaines applications particulières de la règle *contra non valentem agere non currit præscriptio*, il ne la consacre pas en entier : il est donc fort possible que les interprètes allemands admettent, plus difficilement que la jurisprudence française, l'extension des causes de suspension.

Le Code civil allemand reconnaît la légalité d'une prolongation conventionnelle de délais dans des cas analogues à ceux qui sont prévus par l'article 2 de la loi du 2 août 1884. « Le délai de prescription, décident les articles 477 et 638, 480 et 490 du B. G. B. peuvent être allongés par contrat : *Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden*. Il semble donc que ces dispositions constituent des exceptions notables à l'article 225 et peu en harmonie avec l'esprit du Code en matière de prescription. M. Jourdan¹, frappé de cette contradiction, a essayé de l'expliquer en s'attachant à prouver que les articles précités n'édictaient pas des prescriptions, mais déterminaient seulement des délais de garantie. Nous ne pensons pas que sa démonstration soit concluante.

Pour cet auteur, c'est à tort que les rédacteurs du B. G. B. ont

1. Jourdan, *op. cit.*, p. 111 ss.

employé, pour désigner les délais de l'article 477, l'expression technique de *Verjährungsfristen*. Les articles 481, 482 et 486 désignent des délais de même nature sous la dénomination de *Gewährfristen*, délais de garantie, alors qu'il est manifeste que ces dispositions ne sont que des applications particulières du principe posé dans l'article 477. C'est donc par suite d'une inadvertance que ce dernier article parle de prescription. Il n'est pas douteux, d'ailleurs, qu'il n'existe une différence spécifique entre les délais de garantie et les délais de prescription : la prescription ne se conçoit que comme obstacle à l'action déjà née ; au contraire, en matière de garantie, le calcul du délai s'effectue indépendamment de l'époque où naît le droit. On ne saurait donc confondre les deux institutions. La conséquence, c'est qu'il est permis de stipuler contractuellement un délai de garantie même supérieur à trente ans ¹ : l'article 477 constitue très certainement une dérogation à l'article 195. S'il n'en était pas ainsi, les délais des articles 477 et autres violeraient deux règles essentielles de la prescription, celle de l'article 225, qui interdit la prolongation contractuelle du délai de prescription, l'autre fixée par l'article 195, qui limite à trente ans la durée des actions, « ce qui est inadmissible ». « Au contraire, tout s'explique facilement si l'on admet qu'il s'agit de délais de garantie ; il n'est plus dérogé ni à l'article 195 ni à l'article 225 ; il n'y a plus de contradiction entre l'article 486 et l'article 476 ; la liberté des conventions est respectée ; et il n'y a plus de confusion entre les délais qui président à la naissance d'une action et ceux qui la suivent. »

La déduction est habile. L'article 477 ne nous semble néanmoins qu'une dérogation de plus au principe réputé intangible de l'article 225. Cette dérogation apparaît très nettement quand l'action naît le lendemain du jour de la délivrance ou assez longtemps avant l'arrivée du terme extinctif pour que le délai restant à courir soit supérieur à celui qui est prévu par la loi. Sans doute, le délai de garantie, aussi bien en droit allemand qu'en droit français, n'a pas exactement la nature d'un délai de prescription, puisqu'en général, l'action n'est pas encore née quand le délai commence à courir. Mais il n'en est pas moins vrai que si l'action naît et si le

1. Pour : Plank sous 477, note 5, et 638, note 9. *Contra* : Crome, I, 507, note 16, II, 474, note 10.

laps de temps pendant lequel elle peut être intentée est supérieur au plus long délai de prescription reconnu par la loi, la stipulation d'un délai de garantie qui s'est décomposé pratiquement en une période d'attente, avant que le vice se soit révélé, et un délai de prescription dont la durée est telle qu'en d'autres circonstances il serait illégal, apparaît comme nettement contraire au principe de l'article 225.

Notre conclusion sur ce point, c'est qu'on ne peut déterminer *a priori*, avant la naissance du vice, si la stipulation de tel ou tel délai de garantie est contraire à l'ordre public. Il n'y a qu'une violation éventuelle des principes généraux. Mais le danger n'en existe pas moins à l'état latent. La solution la plus simple de ces difficultés serait de permettre aux parties de stipuler, dans certaines limites, un délai de garantie qui s'appliquerait uniquement à la naissance du vice et de fixer impérativement la durée de l'action née de ce vice. On éviterait de la sorte — une partie de la jurisprudence française l'a bien compris, dans son interprétation de l'article 1792 — des forclusions survenant quelques jours ou quelques heures après que le propriétaire de l'objet atteint du vice rédhibitoire s'est aperçu de la mauvaise qualité du produit. Et l'on faciliterait, conformément au but de la prescription, la libération du débiteur.

V

Il est au contraire conforme au but de la prescription que le législateur ou, à défaut de textes précis, la jurisprudence permettent l'abréviation contractuelle des délais légaux. Le Code civil allemand décide expressément que l'on peut abréger le délai de prescription ; et la jurisprudence française est unanime sur ce point ¹. Je passerai donc très rapidement.

C'est en matière d'assurances, à propos du délai abrégé stipulé par les compagnies dans leurs polices, que les tribunaux se sont d'abord prononcés. Les compagnies désirent s'exonérer le plus rapidement possible des conséquences du contrat. Il était

1. V. arrêts cités par Tissier, *op. cit.*, 3^e éd., p. 78, note 1. Ajouter : Dijon, 1902, D. 03.2.103 ; Req., 26 mars 1902, D. 02.1.248 ; Paris, 7 décembre 1894, D. 98.1.461 ; Dijon, 25 juillet 1902, D. 03.2.103.

naturel qu'elles eussent tendance à modifier le délai légal de la prescription ; l'intérêt même des assurés est en jeu ; s'il fallait admettre qu'en toutes hypothèses les compagnies d'assurances fussent responsables pendant trente ans des accidents qu'elles se sont engagées à couvrir, le fonctionnement de leur contentieux serait entravé dans des conditions telles que l'avantage hypothétique retiré par les assurés de l'application du délai légal de prescription serait chèrement acheté par une augmentation sans doute considérable du taux des primes. Mieux vaut, dans ces conditions, permettre une abréviation conventionnelle des délais.

Mais il n'est pas douteux que, dans certains cas, cette abréviation pourrait être excessive et contraire à l'ordre public ¹. On peut en effet concevoir qu'une puissante compagnie d'assurances qui use, dans ses rapports avec ses clients, des procédés du contrat d'adhésion n'abuse de sa situation prépondérante, jusqu'à imposer aux assurés l'observation de délais trop courts pour qu'il leur soit matériellement possible d'actionner la compagnie. Dans ce cas, la Cour de cassation admet que la clause abrégative du délai de prescription peut tomber sous la censure des tribunaux ².

La question se posera notamment dans l'hypothèse où il est stipulé que le délai de prescription abrégé part de l'époque de l'accident, et non du jour où le dommage subi s'est manifesté — à plus forte raison lorsque la convention transforme le délai de prescription en délai préfix.

Réserve faite de ces exceptions nécessaires, les délais légaux de prescription doivent être considérés comme des délais maxima. Sans doute, on concevrait qu'une législation idéale, envisageant chacun des cas particuliers que peut présenter la pratique, détermine impérativement, eu égard à la nature spéciale de chaque rapport juridique, le délai de prescription. Mais, faute de lois spéciales, l'abréviation contractuelle des délais doit rester un principe de droit. Cela est si vrai que le Code fédéral des obligations ayant décidé, d'une façon générale, que les délais de prescription fixés par la loi n'étaient pas susceptibles d'abréviation, la pratique a dû tourner la difficulté en admettant que les délais dans lesquels,

1. Tissier, *op. cit.*, § 98.

2. D. 97.1.113.

en matière d'obligation, par exemple, le paiement de l'indemnité doit être poursuivi, sont des délais prefix, et par application de la doctrine que nous avons déjà critiquée ressortissent à la volonté des parties.

VI

Enfin, dans la détermination de la nature des dispositions relatives à la prescription, un autre point doit attirer notre attention. On peut se demander pourquoi, dans toutes les législations modernes, le juge ne peut suppléer d'office le moyen tiré de la prescription. Il est de règle que les moyens de droit qui se rattachent à l'ordre public doivent être pris en considération par le juge, indépendamment de l'intervention des parties. Si, par exemple, on se prévalait devant un tribunal français d'une substitution prohibée, il n'est pas douteux que le juge devrait appliquer, quelle que soit l'attitude des parties, l'article 896. Dès lors il semble que le juge aurait dû recevoir pleins pouvoirs pour suppléer d'office le moyen tiré de la prescription, considérée par la majorité des auteurs comme la clef de voûte du système législatif. On a suivi, cependant, une direction tout opposée : le juge ne peut arguer de la prescription que si le débiteur l'invoque ; et cette règle, universellement admise, ne souffre pas d'exceptions, selon la majorité des auteurs.

Quelle est la justification de l'article 2223 du Code civil ? Celle qu'a donnée le législateur n'a que l'apparence d'un raisonnement. « La prescription, dit Bigot-Préameneu, n'est, dans le langage du barreau, qu'une fin de non-recevoir, c'est-à-dire qu'elle n'a pas d'effet si celui contre lequel on veut exercer le droit résultant d'une obligation ou contre lequel on revendique un fonds n'oppose pas cette exception ; telle, en effet, doit être la marche de la justice ; il faut qu'avec le temps concoure la longue inaction du créancier ; cette inaction ou cette possession sont des circonstances qui ne peuvent être connues et vérifiées par les juges qu'autant qu'elles sont alléguées par celui qui veut s'en prévaloir. » L'argument, d'évidence, n'a aucune valeur ; car l'inaction résultant, aux termes de la loi, de l'écoulement d'un certain laps de temps, la durée du temps écoulé apparaîtra nécessairement au juge par le rapprochement facile de la date à laquelle la créance était exigible et de la date de l'exploit introductif d'instance.

Aussi a-t-on fait appel à un autre ordre d'idées. On a prétendu d'abord que la prescription n'était qu'une exception et que, par suite, elle devait être invoquée par la partie qui s'en réclame. Les procédés que peut employer le débiteur pour se soustraire à la condamnation sont, dit-on, de deux sortes : ou bien il nie l'existence du droit — c'est un moyen de défense ; ou bien, tout en reconnaissant que le droit existe, il prétend que l'exercice en est paralysé par une cause quelconque ; c'est alors une exception qu'il invoque. Dans le premier cas le juge peut faire preuve d'initiative ; dans le second, il doit rester passif. Or la prescription n'anéantit pas le droit ; elle paralyse seulement l'action : donc elle ne peut être opposée d'office.

Malheureusement, personne n'a jamais pu savoir exactement ce qu'il fallait entendre, en droit civil, par exception et moyen de défense ¹. En admettant qu'il soit possible de ranger en un certain nombre de catégories les fins de non-recevoir susceptibles de servir de point d'appui à l'argumentation d'un défendeur, il semble que l'on ne puisse déterminer avec précision si la prescription anéantit ou non le droit ². Enfin il n'est nullement prouvé que certaines exceptions, en raison du but d'intérêt social qu'elles poursuivent, ne doivent être prises en considération par le juge, qu'elles soient opposées ou non. En effet, on peut très bien concevoir qu'il importe autant à l'ordre public de paralyser une action que de l'éteindre. Il nous serait facile d'appliquer ici ce que nous avons dit des jurisconsultes qui prétendent faire régir la prescription, en droit international privé, par la loi du contrat, parce que l'institution est de droit matériel. Il importe peu de ramener une institution à un groupe général d'institutions si ce groupe n'est pas constitué par des éléments homogènes soumis à une règle commune. Cela est si vrai que certains jurisconsultes allemands ont pu considérer que la prescription était une exception, sans admettre que ce caractère justifier réellement l'article 222 du B. G. B ³.

1. Fenet, 15, 577.

2. V. Dalloz, *Répertoire*, v^o *Exception*, § 528 ss. ; Glasson et Tissier, *Précis de procédure civile*, 2^e éd., § 628 *in fine*, p. 683.

3. Il résulte de l'exposé de M. A. Jourdan (*la Prescription d'après le Code civil allemand*, p. 52 ss.) que la doctrine allemande, à défaut de texte précis, divise en trois catégories les moyens de défense. L'une est formée des *Einreden*, qui correspondent à ce que l'on est convenu d'appeler en droit français des exceptions ; l'autre, de fins de non-recevoir impliquant dénégation des faits

En réalité, le législateur français et, dans une large mesure, les jurisconsultes allemands ont estimé que si le débiteur peut hésiter, au dernier moment, par remords de conscience, à se prévaloir de la prescription, alors qu'il sait que la dette n'a pas été payée ; ils ont estimé qu'il fallait favoriser cette reconnaissance de dette en mettant en demeure l'intéressé de s'expliquer de façon non équivoque sur ses intentions. La nécessité pour les parties d'opposer la prescription apparaît ainsi comme ayant certains points communs avec le serment décisoire qui ne serait, dans les hypothèses où la loi française permet au créancier de le déférer au débiteur, en matière de prescription, qu'une opposition plus solennelle de cette exception. Mais cette façon d'envisager les choses, basée sans doute sur une analyse psychologique assez fine de la difficulté qu'éprouvent certains esprits à se prévaloir solennellement de ce qu'ils estiment injuste dans leur for intérieur ne devrait pas, à notre avis, avoir de place dans les codes, étant donné le fondement de la prescription.

A la rigueur, on concevrait que lorsque le défendeur garde un silence absolu et qu'il est impossible de déterminer avec préci-

allégués par le demandeur ; enfin, il s'agit d'*Einwände* quand le défendeur admet les faits avancés par son adversaire, mais invoque certaines circonstances qui en empêchent le résultat habituel, telles que la minorité lors de l'engagement ou le paiement. Mais quel effet les jurisconsultes attachent-ils à ces qualifications ? Soit qu'ils groupent les *Einwände* et les moyens de défense de la seconde classe ensemble, pour les isoler des *Einreden* (Cosack, I, p. 279-280), soit qu'ils groupent ensemble les *Einwände* et les *Einreden* pour former un groupe spécial des dénégations pures et simples de la demande (Crome, I, 18), la distinction des *Einreden* et des autres moyens de défense a un intérêt capital : le juge doit tenir compte d'office de ceux-ci ; mais il ignore les autres tant qu'elles n'ont pas été invoquées par la partie qui s'en réclame. D'une part la tradition est en ce sens, d'autre part l'article 222 n'est vraisemblablement qu'un cas particulier d'une règle générale. Quelques critiques que l'on puisse adresser à ce système qui, s'inspirant visiblement de la théorie de l'*exception* de la procédure formulaire, « équivaut presque à un retour aux formules sacramentelles des peuples primitifs » (Jourdan, *op. cit.*, p. 56), c'est la tradition que les auteurs du Code ont voulu suivre. (Jourdan, *op. cit.*, p. 199 et s., et Heymann, *das Vorschützen der Verjährung*, p. 156.) Cependant, aux yeux de Kipp, ce n'est pas parce qu'elle est une exception que la prescription doit être opposée par la partie qui désire en bénéficier, c'est pour des raisons tirées de la nature de la prescription. Le juge, à son avis, ne peut tenir compte d'office d'un moyen dont le débiteur pourrait hésiter à se prévaloir. Mais on a fait remarquer avec raison que si telle avait été la pensée du législateur, il n'aurait pas hésité à maintenir dans le B. G. B. le serment décisoire, pour les petites prescriptions tout au moins. (Jourdan, *op. cit.*, p. 206.)

sion s'il désire résister ou acquiescer à la demande, le juge n'intervienne pas au débat. Car il n'est interdit à personne de faire à un tiers abandon de ses droits ; et cet abandon peut se présumer.

Mais quand le débiteur se défend énergiquement contre la demande ; quand il invoque, pour la faire juger mal fondée, tous les arguments, bons ou mauvais, qu'il croit utiles à sa défense, il est évident que s'il ne fait pas appel à l'exception péremptoire capable de le libérer, c'est par ignorance. Son attitude prouvant qu'il n'entend pas plier devant l'adversaire, le juge devrait pouvoir l'aider à triompher. On s'étonne, à plus forte raison, que lorsqu'il s'agit de mineurs ou d'interdits, le ministère public ne puisse proposer au tribunal un moyen de défense dont les représentants de l'incapable ont négligé de se prévaloir ¹. La tradition historique n'est-elle pas dans une certaine mesure en ce sens ? Dunod ², Carondas ³ et Ferrières ⁴ admettaient que quand les ordonnances avaient imparti certains délais au droit d'action, le juge devait, ces délais expirés, opposer au demandeur la déchéance résultant de l'accomplissement du délai de prescription ; quoi qu'on dise, il y a contradiction à admettre que la prescription est une institution de salut public et que le juge, cependant, doit rester passif, quand il lui serait facile, en suppléant le moyen tiré de la prescription, d'éviter un procès qui va peut-être se prolonger pendant plusieurs années, provoquer, par les frais inhérents à toute action judiciaire, un gaspillage inévitable de richesses. On a dit : « Il ne faut pas considérer, dans un procès qui met en jeu

1. Il existe, du reste, une raison spéciale de cette opinion. L'article 481 du Code de procédure civile décide que l'État, les communes, les établissements publics et les mineurs seront reçus à se pourvoir par requête civile, s'ils n'ont pas été défendus ou s'ils ne l'ont pas été valablement. Il semblerait donc conforme à la bonne administration de la justice de permettre au ministère public de suppléer un moyen de défense dont l'omission est nécessairement une source de procès ; d'autant mieux qu'il sera dans l'obligation, lorsque l'affaire reviendra devant le tribunal sous forme de requête civile, de faire appel, dans les conclusions qu'il prendra conformément à l'article 498 du Code civil, au moyen tiré de la prescription. Cependant la doctrine est très hésitante. Pour l'effet absolu de l'article 2333 : Troplong, I, 89 ; Marcadé, article 2223 ; Huc, 14, n° 230 ; Tissier, § 46 ; Guillouard, I, § 302. En sens contraire : Vazeille, n° 335 ; Dalloz, *v° Prescription*, p. 239, col. 2, n° 2 ; Colmet de Santerre, VIII, n° 330 bis, II ; Buffnoir, *Propriété et Contrat*, p. 168.

2. *Op. cit.*, p. 110.

3. *Quest.*, t. XXII, ch. iv.

4. *Commentaires sur Cout. de Paris*, t. VI, § 1, n° 15.

des intérêts particuliers, le moyen de la prescription comme étant d'ordre public ; c'est une question d'ordre privé que celle de savoir si telle prescription a été accomplie et doit être opposée ¹. » Mais la prescription, par le seul fait qu'on est en droit de l'opposer, ne se dépouille pas de son caractère propre. A plus forte raison devrions-nous critiquer cette conception si, considérant avec Endemann que les actions ne sont que des faveurs consenties par la société à l'individu, nous estimions que la collectivité n'est pas obligée de lui assurer la garantie de leur exercice quand il a négligé d'en faire usage.

VII

Ainsi, l'aspect que présente l'institution de la prescription, quand on l'analyse à la lumière des dispositions législatives, des commentaires, des commentaires doctrinaux et de la jurisprudence, est double.

Dans son principe, c'est l'institution d'ordre public par excellence ; elle est conçue comme une mesure de salut public, pour la sauvegarde de tous les intérêts et de tous les droits, qui, sans elle, pourraient être indéfiniment remis en question ; elle possède, comme on l'a fort bien dit, une autorité semblable à celle de la chose jugée. Malgré sa mauvaise foi, le débiteur est libéré. Le créancier, en ne le poursuivant pas pendant le laps de temps fixé par la loi ou la convention, avait peut-être eu l'intention de le ménager : peu importe ; il lui sera impossible d'obtenir le paiement. Le législateur ne pouvait mettre en balance avec les intérêts économiques de la collectivité les quelques espèces où l'application du principe conduit à des conséquences jugées fâcheuses par les meilleurs esprits. Tel est le premier aspect de la prescription.

Mais le législateur a paru se contredire, et la jurisprudence a exagéré la contradiction. Les codes se contredisent en rendant inopposable d'office le moyen tiré de la prescription, en laissant aux particuliers le soin de déterminer, en certaines hypothèses, le délai qu'ils entendent assigner à l'exercice de leurs actions. Les tribu-

1. Tissier, *op. cit.*, p. 42.

naux de tous ordres ont admis la validité de dérogations conventionnelles aux délais légaux et augmenté arbitrairement, à l'encontre des dispositions restrictives de la loi, le nombre des causes de suspension. De sorte que la prescription, envisagée sous ce second aspect, perd, dans une large mesure, son caractère d'ordre public. S'il est permis, en certaines hypothèses où il est question de garantie, de stipuler conventionnellement un délai de prescription, ou si la disposition légale n'a qu'un caractère supplétif, l'institution, *parte in qua*, est soumise au principe de l'autonomie de la volonté, et, par suite, soustraite, dans la même mesure, au domaine de l'ordre public.

Alors que certains auteurs prétendent ne pouvoir se prononcer sur le problème de la prescription libératoire, en droit international privé, sous le prétexte que la prescription serait à la fois une présomption de paiement, une mesure de protection pour le débiteur, une mesure d'ordre public, nous estimons, en nous appuyant sur la pensée du législateur, que ce sont exclusivement des motifs d'ordre public qui sont à la base de l'institution ; mais nous n'avons, semble-t-il, que déplacé la difficulté. Car s'il est vrai que la prescription soit d'ordre public, elle ne conserve pas à tous points de vue ce caractère : la fréquence des décisions jurisprudentielles qui consacrent des atténuations ou des dérogations au principe jugé fondamental en la matière semblent même indiquer qu'il n'est peut-être pas absolument nécessaire à la société que l'action résultant d'un contrat déterminé se prescrive par tel délai plutôt que par tel autre.

APPENDICE

A l'étude de la nature juridique de la prescription, nous devons rattacher l'examen d'une théorie originale que M. le professeur Pillet a développée devant ses élèves de la Faculté de droit de Paris, en 1910, et dont il a bien voulu nous permettre de rappeler les termes ; la théorie de la prescription et la théorie des preuves soutiennent entre elles des rapports qui jusqu'alors n'avaient pas été nettement aperçus ; M. Pillet a désiré attirer l'attention sur ce

côté obscur de nos controverses, et rechercher dans quelle mesure les rapprochements que l'on peut effectuer entre les deux théories seraient susceptibles d'avoir une influence sur la solution des conflits de lois. Après avoir rappelé la complexité du problème qui nous occupe, M. Pillet s'est exprimé en ces termes :

« En étudiant le problème de la prescription extinctive, on a omis en général de faire observer le lien qui existe entre la théorie de la prescription et celle de la preuve ; la prescription dispense le débiteur de présenter au juge la preuve de sa libération ; il lui suffit d'alléguer, pour être renvoyé des poursuites, le temps qui s'est écoulé depuis la naissance de son obligation. Dès lors, ne semble-t-il pas juste de faire varier le délai de cette prescription d'après la nature de la preuve de l'obligation ?

« Ces deux termes sont reliés par des liens beaucoup plus étroits qu'il ne semble dès l'abord. Ainsi, dans un pays où les actes devront tous être faits par écrit, il sera sans inconvénient d'adopter un délai de prescription assez long ; dans un autre pays où la preuve testimoniale sera reçue sans limite, il deviendra nécessaire d'adopter une prescription plus courte, car les témoins peuvent mourir ou disparaître, et au bout d'un certain temps le créancier sera peut-être très embarrassé de prouver son droit, ou le débiteur sa libération.

« De même, dans cet ordre d'idées, on fera remarquer qu'en dehors des règles générales sur la prescription, les lois civiles admettent toute une série de courtes prescriptions qui s'appliquent à des créances aussi respectables que les autres, plus respectables même, car plusieurs d'entre elles sont des créances privilégiées, mais à des créances généralement peu considérables et pour lesquelles ce serait imposer aux débiteurs un fardeau vraiment trop lourd que de les obliger à conserver par devers eux pendant de longues années les preuves de leur libération.

« De cette remarque, on est bien autorisé à tirer cette conséquence que la prescription extinctive présente un rapport assez étroit avec la matière des preuves, et si l'on se décidait à prendre ce rapport comme direction au point de vue du droit international, on serait amené alors à raisonner ainsi : les preuves dépendent de la loi du lieu où l'acte est fait.

« La règle *locus regit actum*, en général au moins, s'applique aux preuves. Dès lors, la prescription elle-même dépendra de la loi de

ce lieu ; ne disons pas la loi de la formation du contrat, mais la loi du lieu où l'acte juridique est fait, car c'est la loi qui régit la matière de la preuve, conformément à la maxime que nous avons citée. Ce serait donc aussi cette loi qui régirait la prescription. Cependant nous admettrions, par égard pour la considération d'une bonne administration de la justice, qu'en aucun cas le délai de la prescription ne pourrait excéder celui qui est admis par la *lex fori*. Nous ne présentons pas ce système comme excellent ; il semble qu'il se rapproche peut-être davantage des motifs pour lesquels la prescription a été établie. »

Ce système, qui aboutit à faire dépendre la prescription de la règle *locus regit actum*, repose essentiellement sur cette idée que les délais de prescription consacrés par les diverses législations auraient établi en fonction du mode de preuve des actes juridiques. Le but de la prescription est d'empêcher que l'ordre public ne soit troublé par des réclamations incertaines et tardives ; or, d'une part, il peut arriver qu'un créancier qui a perdu son titre, mais est convaincu, à tort ou à raison, de l'existence de son droit, n'hésite pas à intenter une action dans des conditions telles que l'acharnement du demandeur et la résistance du défendeur ne soient une cause de perturbation dans l'administration de la justice ; d'autre part, le débiteur a besoin d'être protégé contre les réclamations d'un créancier qui, ayant conservé soigneusement les preuves de sa créance, en poursuit le recouvrement à une époque assez lointaine pour que le débiteur ait eu l'occasion de perdre les preuves de sa libération. Aussi concevrait-on qu'un législateur, pour parer à ces éventualités, formulât la règle que tout acte emportant obligation d'effectuer une prestation ou libération d'engagements qui ont été exécutés soit passé par écrit, faute de quoi les intéressés ne seront pas recevables à se réclamer des conventions intervenues ou à exciper de la libération dont ils ont pu bénéficier. Mais comme il s'agit ici de politique législative, on conçoit que les législateurs, en considération du milieu particulier dans lequel ils vivent, adoptent des procédés techniques différents pour parvenir au même but, qui consiste, en notre hypothèse, à assurer le fonctionnement des relations juridiques dans des conditions telles que les intérêts de la société et les intérêts des particuliers soient également sauvegardés ; deux pays, pour des raisons diverses, n'attacheront pas la même importance à la nécessité de rendre obligatoire en toutes circonstances

le système des preuves préconstituées, mais comme les nécessités sociales auxquelles il convient d'avoir égard sont les mêmes, chaque législateur devra rechercher un moyen approprié de réduire les inconvénients qu'il peut y avoir à adopter un système plutôt qu'un autre. Ceci posé, un État considère qu'il y a intérêt à ce que tout acte soit passé par écrit; très naturellement, il sera sans inconvénient pour lui d'adopter un long délai de prescription: toute convention devant laisser une trace matérielle lorsque le créancier voudra mettre à exécution les engagements que l'on a pris envers lui, il devra produire un titre, dont le simple examen, même après un long délai, ne laissera pas de place aux contestations. Au contraire, dans un pays où le législateur a estimé que la preuve par témoins sera recevable sans limites, il sera prudent, pour prévenir les procès sans fin qui peuvent résulter de l'incertitude du témoignage ou de la difficulté de l'administrer, après un certain délai, de limiter à un très court espace de temps la faculté d'intenter l'action.

Ces principes admis, quelle sera la loi normalement compétente pour trancher le conflit dans le cas où le contrat ayant été passé dans l'État A, l'exécution en est poursuivie dans l'État B, dont les lois admettent, conformément aux principes que nous venons d'exposer, une réglementation de la prescription différente de celle qui est consacrée dans le premier État. Les parties ayant dû, par hypothèse, conformément à la règle *locus regit actum*, établir par écrit leurs conventions, il est sans intérêt pour l'État B — sauf, comme l'indique M. Pillet, les restrictions résultant de l'ordre public — de substituer sa propre loi à celle du lieu où a été passé le contrat, puisque les conditions dans lesquelles ont été formés ces actes et la réglementation de la prescription qui en est le complément harmonique forment un tout qui répond, nous le supposons, avec exactitude, aux besoins juridiques du droit des conventions.

Un système fondé sur l'idée qui est à la base des développements que M. le professeur Pillet a consacrés à la question est donc parfaitement concevable; et cette idée a dû certainement exercer une influence sur les tendances générales de la législation; malheureusement, les dispositions légales positives l'ont trop souvent perdue de vue, et c'est ce qui en rend l'application souvent impossible en droit international privé.

Si l'on considère, en effet, la théorie de la prescription dans les différentes législations, on aperçoit qu'il existe entre elle et la matière des preuves une séparation, une dissociation complètes ; la prescription, en effet, y est conçue comme une institution qui limite la possibilité d'exiger d'un obligé une prestation, quel que soit le mode de preuve de la créance, en quelque forme que soit représenté l'acte juridique emportant libération. Alors qu'il n'existe pour une action dérivant d'un contrat déterminé qu'un seul délai de prescription, la teneur des conventions est susceptible d'être prouvée de plusieurs manières ; sous l'empire de la législation française, une créance inférieure à cent cinquante francs pourra être prouvée par acte authentique, par acte sous seing privé, par témoins ; l'unité de la preuve n'est donc pas une réalité. Les modes de preuve admis par le législateur pour le même acte de même qualification étant différents et pouvant avoir, selon que l'un ou l'autre est intervenu, des conséquences différentes pour le bon ordre des relations sociales, il aurait dû, s'il avait entendu adhérer à la conception que nous exposons, et la développer logiquement, faire varier les délais de prescription non seulement comme il l'a fait, d'après la nature des actions, mais encore d'après le mode de preuve des droits dont elles constituent la sanction. Ce n'est pas à dire que la question du mode selon lequel l'obligation pourrait être prouvée n'ait eu une certaine importance dans l'élaboration des dispositions légales. L'une des raisons qui ont motivé l'établissement des petites prescriptions, c'est que l'on n'a pas l'habitude, lorsqu'il s'agit des contrats prévus par les articles 2271 et suivants du Code civil, de s'entourer d'un appareil de preuves susceptible de résister au temps.

Mais il n'en est pas moins vrai que si la créance d'un commerçant, en raison de fournitures faites à un ménage, était constatée dans un acte passé par-devant notaires, le délai de prescription serait le même que si la créance devait être prouvée par témoins.

Nous pouvons donc conclure que l'hypothèse rapportée serait susceptible de confirmation s'il existait un lien étroit entre la théorie de la prescription et la théorie des preuves ; mais en l'état actuel des législations positives, il est peut-être difficile d'y trouver une direction solide pour résoudre le conflit relatif à la prescription libératoire ; du reste, l'exception de l'ordre public, formellement réservée, conduit nécessairement à l'insécurité du droit.

Par conséquent, dans l'état actuel des choses, un système de solution du conflit fondé sur l'application à la prescription libératoire de la règle *locus regit actum* ne nous paraît pas susceptible de supplanter les autres systèmes.

CHAPITRE XI

LA PRESCRIPTION ET L'ORDRE PUBLIC.

Nous pouvons maintenant poser à nouveau la question qui nous a conduit à étudier la notion d'ordre public et la nature de la prescription libératoire ; cette institution est-elle, en France et en Allemagne, d'ordre public international ou d'ordre public interne ? C'est, nous le savons, à la pensée du législateur qu'il convient, en premier lieu, d'avoir égard ; c'est elle qui, en principe, décide du caractère de l'institution envisagée. Selon qu'il la considère comme touchant immédiatement aux intérêts de la société, ou qu'il admet au contraire que l'application d'une autre règle que la sienne ne serait pas incompatible avec le bon ordre des relations juridiques, la disposition est ou n'est pas d'ordre public international.

Quelle a donc été, en notre hypothèse, la volonté du législateur ?

I

Si nous pouvions déterminer le caractère de la prescription libératoire en nous basant uniquement sur les opinions que le législateur a émises ou acceptées, quand il s'est agi de légitimer le principe de l'institution, la réponse, semble-t-il, ne serait pas douteuse. Une institution conçue comme « la plus nécessaire à l'ordre social » et jugée assez indispensable à la conservation de la société pour qu'on lui sacrifie les intérêts les plus légitimes est évidemment d'ordre public absolu. Les volontés particulières ne pouvant avoir de prise sur une mesure législative de cette nature, l'institution s'impose à elles dans son principe comme dans le détail de sa réglementation. Car, remarquons-le bien, dans cette conception logiquement développée, la réglementation apparaît comme inséparable du principe. Pour que le but poursuivi

fût atteint, il ne suffirait pas que le législateur considérât que seule la nécessité de respecter le principe de la prescription des actions s'impose aux particuliers et que, dans les hypothèses où ils ont de justes raisons de se réclamer d'un délai différent de celui de la *lex fori*, il n'existe pas de raisons pour le juge de se refuser à prendre en considération d'autres dispositions que celles de sa loi nationale. Le législateur, en effet, ne saurait permettre au juge ce qu'il refuse aux particuliers. Laisser à l'arbitraire des juridictions de tout ordre le soin d'apprécier si un délai de prescription de trente-cinq ans, par exemple, n'est pas, dans une hypothèse déterminée, plus conforme à « la nature des choses » que le délai de l'article 2265, serait dénaturer l'institution. Quand le législateur décide que toutes les actions sont prescrites par trente ans, il considère que l'exercice d'une action au delà de ce délai serait contraire aux intérêts essentiels de l'État. A vrai dire, il sait bien que la société ne serait pas en péril si l'action était intentée dans les vingt-quatre heures qui suivent l'expiration du délai de trente ans ; mais dès qu'il s'agit de délais, une règle uniforme s'impose ; s'il était loisible au juge, eu égard aux circonstances, d'étendre le délai de l'article 2265 de vingt-quatre heures seulement, rien ne l'empêcherait, en d'autres circonstances, de considérer qu'une prolongation de quarante-huit heures ne menace pas davantage l'intérêt social, et de prolongation en prolongation, on serait conduit, par application d'un sophisme connu, à décider qu'une action intentée quarante ans, par exemple, après le jour où elle est née, serait recevable. Il est donc nécessaire que le délai soit strictement respecté. Sa fixation comporte nécessairement un peu d'arbitraire : ce que nous avons dit de la difficulté d'adapter à un besoin social une règle de valeur absolue est pleinement applicable à notre espèce. Mais rien n'autorise l'interprète à ajouter à l'arbitraire forcé du législateur, et dont personne ne saurait se plaindre, puisque la règle incorporée dans la législation s'applique à tous, son propre arbitraire, qui créera nécessairement l'insécurité du droit, en donnant une force nouvelle à des réclamations qu'une juste appréciation de l'esprit qui a présidé à l'élaboration des dispositions légales devait faire considérer comme prescrites. A peine avons-nous besoin de dire que dans cette conception les causes d'interruption de la prescription dépendraient de la *lex fori*, au même titre que les délais. Et, bien que la majeure partie des causes de suspension se rattache étroitement à l'état et à la capacité

des personnes, il n'est pas douteux que le juge ne devrait prendre en considération qu'avec les plus grandes réserves celles qui sont ignorées de sa loi nationale.

Mais les opinions exprimées par le législateur au cours des travaux préparatoires pour légitimer, d'une façon générale, le principe d'une institution ne suffisent pas à en déterminer le caractère ; nous ne pouvons faire abstraction, dans notre recherche, des autres éléments qui concourent à donner à la prescription, parmi les institutions d'ordre public, une physionomie propre. Quand la réglementation d'une institution est le développement harmonieux d'une idée, le problème que nous posons peut se résoudre par une formule précise. Lorsqu'au contraire la loi elle-même contient des dispositions contradictoires, quand la jurisprudence, dépassant la pensée du législateur, accentue la contradiction en autorisant des dérogations qu'une application logique des principes aurait dû proscrire, on peut douter de l'exactitude d'une formule conçue dans des termes absolus, on peut se demander si le juge doit s'en référer uniquement à la volonté primitive du législateur, sans prendre garde aux déformations qu'elle a postérieurement subies. Sous cet angle, la question change singulièrement d'aspect, et l'on a d'excellentes raisons de douter que l'opinion qui regarde la réglementation de la prescription comme appartenant à l'ordre public international soit intangible.

II

Une remarque préliminaire s'impose. Les auteurs qui essaient de dégager de la comparaison des faits jurisprudentiels un principe théorique susceptible d'indiquer une direction à suivre verraient certainement, dans les arrêts que nous avons cités, une tendance marquée des juridictions de tout ordre à dépouiller la prescription de son caractère d'ordre public. Alors que nous nous sommes borné à des indications rapides, mais suffisantes pour établir l'état actuel de la jurisprudence sur un certain nombre de points déterminés, ils s'arrêteraient à décrire avec minutie les espèces, à réunir en faisceaux des arrêts empruntés non seulement à la question de la prolongation des délais ou de la suspension, mais encore à des domaines voisins, à des théories connexes,

comme il peut s'en rencontrer en matière de prescription acquiescive. Et les plus subtils analystes parviendraient sans doute à expliquer par un même principe les décisions les plus nettement contradictoires. Ils constateraient, en tout cas, que nombre de dispositifs admettent la validité d'une prolongation directe ou indirecte de la prescription, et reconnaissent l'existence de causes de suspension nonrévues par le législateur. D'où ils concluraient que, dans une large mesure, la prescription n'est même plus d'ordre public interne. — Partant de là, ce ne serait évidemment qu'un jeu pour ces interprètes de transformer la tendance constatée en règle impérative pour le juge, et de raisonner, par analogie, sur l'hypothèse fournie par l'étude du droit international privé. Enfin la constatation qu'en France les tribunaux de première instance et les cours d'appel appliquent de plus en plus la loi du contrat pour résoudre le conflit constituerait une confirmation de la formule synthétique expliquant les décisions de droit interne envisagées.

Mais la position que nous avons prise dans le problème des méthodes de recherche nous interdit de donner à la jurisprudence, quelque ferme qu'elle soit en certaines de ses parties, une signification indépendante de la valeur des arguments sur lesquels elle se base. Or cette jurisprudence se borne à juger en équité ; elle ne donne pas aux solutions qu'elle formule une base juridique suffisante pour s'imposer à tout interprète ; il serait nécessaire qu'elle démontrât la conformité de son point de vue à la volonté du législateur : elle se garde de le faire. Nous l'envisageons donc comme un simple fait, exprimant, sans contestation possible, une tendance, mais n'ayant par lui-même aucune force. Tout au plus pourrions-nous conjecturer, par application de ce qui a été dit au début de cette étude, à propos du rôle des jurisprudences productives, qu'un tribunal admettant que les parties sont libres d'allonger directement ou indirectement le délai de prescription, serait mal venu à invoquer le caractère d'ordre public de la prescription pour repousser en notre matière l'application de la loi du contrat. — Mais, abstraction faite de cette remarque, d'où il ressort que la jurisprudence dont nous avons envisagé les traits significatifs, fournira d'excellents arguments de plaidoirie à l'avocat qui demandera, devant un tribunal ayant suivi l'évolution jurisprudentielle, la consécration du système de la *lex contractus*, nous ne

pouvons accorder à de simples faits — et ces arrêts ne sont pas autre chose — une signification que certains auteurs, à n'en pas douter, ne manqueraient pas de leur donner.

Par là même, nous nous privons volontairement d'un argument en faveur du système qui considère que la prescription n'est pas, en général, d'ordre public international. Mais la chose est indifférente à notre démonstration ; car la réglementation donnée à l'institution par le législateur lui-même nous autorise à penser que, seul, le principe de la prescription s'impose aux étrangers comme aux nationaux, et que la durée des délais, la réglementation particulière de chaque législation, ne sont que des éléments secondaires. Nous avons admis que c'est à la volonté du législateur qu'il faut s'en référer pour déterminer le caractère des dispositions légales ; il paraît bien que la loi s'en est tenue, en notre matière, à un système hybride dont les partisans du système de la *lex fori* ont méconnu la nature et qui légitime l'application intégrale à notre conflit, sauf les exceptions que nous signalerons plus loin, de la règle qui théoriquement s'adapte le mieux à la nature de l'institution et à la sécurité des relations juridiques entre ressortissants de nations différentes. Le contenu et la conclusion du précédent chapitre nous l'ont montré clairement.

Si la prescription était réellement liée en toutes ses parties aux intérêts essentiels de l'État, le juge devrait pouvoir suppléer d'office le moyen résultant de l'accomplissement du délai : le législateur s'est contenté de s'en remettre en cette matière à la volonté des particuliers. Dans une certaine mesure, par conséquent, la prescription est une institution facultative ; et puisque l'action peut être valablement intentée, s'il plaît au débiteur, au delà des délais légaux, il n'est pas exact de dire que la sauvegarde de l'État soit liée à l'observation d'un délai plutôt que d'un autre. On conçoit donc qu'il puisse être interdit, en droit interne, de stipuler des délais plus longs que ceux de la loi, sans que l'interdiction s'applique aux parties qui ont contracté sous l'empire d'une loi étrangère. Le législateur n'a-t-il pas montré que la rigueur des principes devait plier devant les situations exceptionnelles ; n'a-t-il pas donné un exemple de la nécessité de cette adaptation, en dépouillant certains délais de prescription de leur caractère rigoureusement obligatoire ? Ce qui a été dit à propos des délais de garantie en matière des vices rédhibitoires nous prouve qu'une formule rigide

ne saurait satisfaire à tous les besoins. La contradiction constatée entre les différents aspects que présente le développement d'une même institution, est une indication certaine de la nécessité de résoudre chaque difficulté d'application dans les cas non prévus par le législateur, eu égard à la nature du rapport juridique envisagé. Quand nous avons considéré le délai de l'article 1642 du Code civil, il nous est apparu qu'il était inconciliable avec le principe même de la prescription. Nous avons dit comment nous comprenions la construction régulière d'un délai de garantie. Mais la formule de cet article, dans son but, est-elle injustifiable ? Nous ne le pensons pas ; car la pratique ne pouvait que perdre à l'emploi d'une formule rigide. Entre le danger problématique de voir les parties profiter de la faculté donnée par la loi, pour allonger à l'infini les délais de garantie, et l'avantage indiscutable de permettre aux contractants de fixer, selon l'objet de leur contrat et les usages, la durée de leur droit d'action, le législateur n'avait pas à hésiter.

Or, s'il est contraire à la bonne foi qui doit régner dans les conventions qu'un débiteur puisse se soustraire, par un changement de domicile, à la loi de prescription du contrat sur lequel il était naturel que le créancier comptât, il est juste que l'interprète ait égard à cette situation particulière et qu'il applique sans restrictions le système qui fait dépendre la prescription de la loi du contrat. Nous savons pourquoi il était nécessaire de rechercher dans quelle mesure la prescription est, en droit interne, d'ordre public : l'équivoque était possible. Les meilleurs auteurs, pénétrés de cette pensée que la prescription est essentiellement d'ordre public, s'étaient crus autorisés à dénier, par respect pour l'esprit de la loi, le droit que le créancier tenait du contrat. Nous montrons que la réglementation de l'institution a une souplesse que l'on méconnaît. C'en est assez pour conclure que l'esprit de la législation ne sera pas blessé par l'application de la formule exprimant la solution normale du conflit. Les mêmes dispositions légales se retrouvant dans toutes les législations, nous ne voyons pas de raison pour que la solution précise du conflit soit différente dans les divers États.

III

La doctrine que nous soutenons est unanimement adoptée en Allemagne. Nous savions que les juristes allemands n'ignoraient pas que toutes les dispositions de droit matériel ne sont pas soustraites à la *lex fori*. Mais nous étions étonné de ne trouver chez aucun auteur la démonstration du caractère d'ordre public interne des dispositions relatives à la prescription. Le procédé de l'enquête n'était-il pas tout indiqué pour nous permettre d'affirmer qu'à côté de la jurisprudence allemande, qui se décide sans hésitation pour la loi du contrat, les autorités doctrinales donnaient au principe jurisprudentiel son exacte signification ? Plusieurs éminents juristes d'Allemagne, un maître italien du droit international auquel nous avons soumis l'examen de notre problème vis-à-vis de la législation italienne, ont bien voulu répondre au questionnaire aride que nous leur avons posé. On appréciera à leur juste valeur ces aperçus particulièrement juridiques.

M. le professeur Hedemann, de Léna, nous écrit :

« On peut discuter la question de savoir si la *lex fori* ne doit pas être observée, à raison de l'ordre public. Le sens de l'expression « ordre public » est déterminé, en Allemagne, par l'article 30 de la loi d'introduction au Code civil. De cet article, il n'y a lieu de prendre en considération, pour le problème de la prescription, qu'une idée : c'est que la loi étrangère n'est pas susceptible d'application, quand elle est en contradiction avec le but d'une loi allemande. On se demandera, dans ces conditions, si, par exemple, une prescription de quarante ans, en vigueur à l'étranger, est en contradiction avec le but d'une loi allemande, de l'article 195 en particulier. En faveur de l'affirmative, on peut remarquer que la tendance moderne est d'abrégier le plus possible les délais ; néanmoins je me prononce en faveur de la négative pour les motifs suivants : 1° l'essentiel, c'est que le principe de la prescription subsiste : les délais ne viennent qu'en second lieu... »

De son côté, M. le professeur K. Neumeyer, de Munich, nous dit : « Je pourrais supposer qu'une législation étrangère déclare une créance imprescriptible, et qu'il paraisse inadmissible, en Allemagne, de vouloir poursuivre le recouvrement de la créance après

une inaction de cent ans : ce serait une bonne occasion de faire appel à l'ordre public. Mais en Allemagne, nous n'employons plus qu'avec prudence cet instrument (*Werkzeug*). Grâce aux recherches que de Bar et Zitelmann ont effectuées en la matière, nous avons acquis la conviction que notre rôle ne doit pas consister à nous faire, sans nécessité, les censeurs des législations étrangères : nous employons le droit étranger compétent, alors même qu'il s'écarte sensiblement du nôtre, et nous n'avons recours à la restriction de l'ordre public que dans les cas très rares où l'application du droit étranger serait absolument incompatible avec nos principes fondamentaux. Cette idée est conforme à la formule étroite de l'article 30 de la loi d'introduction, et il est presumable que personne ne considérerait qu'il est contrevenu à cet article, si le délai de prescription, d'après la *lex contractus*, s'élève à quarante ans, alors que d'après le droit allemand il est fixé à trente ans. »

On ne saurait mieux exprimer cette idée très simple que dans tous les cas où on peut séparer un principe, dont le respect semble absolument indispensable à l'intérêt social, de la réglementation nécessairement arbitraire et contingente qui lui donne dans chaque législation une physionomie propre : il n'y a d'intérêt à considérer comme appartenant à l'ordre public international que la nécessité de respecter, comme le dit le droit allemand, « le but de la loi interne ». Peu important les moyens qui conduiront à ce but : ce qui est essentiel, c'est que le but de la loi soit atteint. Il se passe ici quelque chose d'analogue à ce que nous avons constaté à propos des lois relatives à la capacité des personnes. Seul le principe de la protection de l'incapable est d'ordre public international ; la réglementation des institutions qui s'y rattachent est d'ordre public interne. En l'espèce, c'est le principe de la prescription qui est d'ordre public international ; les délais, les causes d'interruption ou de suspension appartiennent à l'ordre public interne. La jurisprudence française, du reste, nous fournit, en dehors même de la matière des conflits de lois¹, des décisions nombreuses où elle considère qu'il appartient au juge de déterminer les limites dans

1. Nous faisons allusion, en particulier, aux clauses d'inaliénabilité. Il est de l'essence du droit de propriété d'être aliénable, indépendamment des cas où l'inaliénabilité est établie directement par la loi (conservation des monuments historiques, loi du 30 mars 1887, art. 10, 11, 13. — Billets d'aller et retour, etc., de ceux où elle est établie par les particuliers en vertu de la loi (régime dotal,

lesquelles certaines clauses, contraires, en apparence, à une règle d'ordre public doivent être reconnues valables, parce qu'en réalité elles laissent intact le principe posé.

On comprend, dans ces conditions, que la législation russe (art. 708 Cod. proc. civ.)¹ et plusieurs législations de l'Amérique

(substitutions permises), toute clause d'inaliénabilité devrait être annulée. Or la jurisprudence considère que le principe de l'aliénabilité est suffisamment respecté quand on écarte les clauses d'inaliénabilité perpétuelle. S'il s'agit seulement d'inaliénabilité temporaire, la clause sera reconnue valable, pourvu qu'elle soit de brève durée et qu'elle soit justifiée par un intérêt légitime. (Angers, 29 juin 1842, et les arrêts cités par Planiol, *Traité*, I, §§ 975 et 976.) On voit ainsi la jurisprudence, quand il existe dans une hypothèse déterminée « un intérêt particulier et sérieux à la suppression de la faculté d'aliéner », reconnaître qu'une seule chose importe à l'ordre public, le maintien du principe, et qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier si la stipulation est ou non conforme à l'ordre public. Le pouvoir que nous attribuons au juge de décider dans quel cas la prise en considération d'un délai de prescription autre que celui édicté par la *lex fori* n'est pas contraire aux intérêts généraux de la société repose sur le même fondement : il s'agit toujours d'intérêts particuliers et sérieux qui se trouveraient compromis par un changement de domicile ; l'étendue des pouvoirs du juge est la même dans les deux cas. Comme les délais de prescription sont à peu près semblables dans les différents pays, seule l'action réputée imprescriptible par la *lex contractus*, mais déclarée prescriptible par la *lex fori*, sera contraire à l'ordre public international.

1. Une difficulté paraît s'être élevée au sujet de l'article 708 du Code de procédure civile russe. (V. J. Barkowski, Clemet, 1910, p. 289 et s.) L'article 708 décide : les contrats passés à l'étranger d'après la loi étrangère ne perdent pas leur force en Russie à la suite de l'expiration de la prescription décennale, si la loi du pays où le contrat a été passé fixe pour la prescription un délai plus long. Il a été emprunté à une loi de 1845 sur la prescription, qui contenait une disposition ainsi conçue : « Les sujets russes ayant contracté des obligations en pays étranger d'après les lois de ce pays ne pourront, rentrés en Russie, se soustraire à l'exécution de ces obligations, sous prétexte de l'expiration de la prescription décennale russe, au cas où elles conserveraient, après l'expiration de ce délai, leur force, d'après les lois du pays où elles ont été contractées. » Ces articles évidemment s'appliquent dans le cas où la *lex loci* admet un plus long délai de prescription que la *lex fori*. Mais le débiteur peut-il invoquer, en Russie, le délai de la loi du contrat quand il est plus court que le délai correspondant de la loi russe ? M. Barkowski, contrairement à une décision du Sénat russe, se prononce pour la négative. « L'article 708, dit-il, comme la règle de la loi du 23 avril 1845 qu'elle reproduit, étant une disposition dérogatoire à la loi générale sur la prescription, est évidemment de droit strict. Elle se borne à interdire au défendeur d'opposer, dans le cas exceptionnel qu'elle a prévu, à l'action intentée contre lui la prescription décennale russe, mais elle ne l'a nullement autorisé à se prévaloir de la prescription étrangère dans le cas où elle serait plus courte que celle adoptée en Russie. Et si, malgré la règle qui soumet l'appréciation des conventions passées en pays étrangers à la loi de ce pays, une disposition spéciale et expresse a été jugée nécessaire pour autoriser le créancier à poursuivre l'exécution

du Nord¹ aient admis expressément le système de la loi du contrat, toutes les fois qu'il s'agit de conventions passées à l'étranger.

IV

Dans les développements qui précèdent, nous nous sommes attaché à démontrer que l'esprit de la législation française et de la législation allemande ne s'oppose pas à l'application du système que nous proposons. Peut-être pourrions-nous aller plus loin et nous demander si cette doctrine ne devrait pas s'imposer, alors que la loi attribuerait à la prescription un caractère plus rigoureux en rendant tous ses éléments obligatoires, quelle que soit la nature de l'action, en permettant au juge d'y suppléer d'office. Serait-il permis aux juridictions d'un État où la prescription serait ainsi construite d'admettre que l'observation stricte de la loi, ayant des conséquences plus funestes que l'admission pure et simple des conditions de la loi locale, ne saurait s'appliquer aux conventions conclues à l'étranger ?

Ce que nous avons dit de la nécessité reconnue par le législateur lui-même de réglementer des situations différentes par des

d'une obligation contractée à l'étranger après l'expiration du délai de prescription fixé par la loi russe, et tant que son action n'est pas prescrite d'après la loi étrangère, la dérogation inverse à la prescription décennale établie en Russie ne saurait non plus se présumer, et une disposition expresse serait nécessaire pour autoriser le débiteur cité devant les tribunaux russes pour l'exécution d'une obligation contractée à l'étranger, à se prévaloir de la prescription étrangère, alors que la prescription ne serait pas encore acquise, d'après la loi russe. En conséquence, l'application en Russie de la prescription étrangère ne paraît être autorisée par la loi que dans le cas spécial prévu à l'article 708 du Code de procédure civile. » Toutefois, les principes que nous avons énoncés ci-dessus, § 5, semblent justifier l'arrêt du Sénat russe.

1. Jugements américains où, par suite de dispositions légales, on applique la loi du contrat quelle qu'elle soit :

Minnice v. Jeter, 65 Ala. 222 ; Wooley v. Yarnell, 142 Ill. 442 ; Bemis v. Stanley, 93 Ill. 230 ; Wernse v. Hall, 101 Ill. 423 ; Osgood v. Artt, 11 Biss. C. C. 160 ; Morrison v. Kendall (Ind. App.), 33 N. E. 370 ; Labatt v. Smith, 83 Ky. 599. Northwestern Mut. Life Ins. Co. (Ky.) 20 S. W. 607 ; Crooker v. Pearson, 41 Kan. 410 ; 21 Pac. 270 ; Mc. Cann v. Randall, 147. Mass. 81 ; Frye v. Parker, 84 Me. 251 ; 24 Atl. 844 ; Webster v. Davies (Neb.), 51 N. W. 484 ; Luce v. Clarke, 49 Minn. 356 ; 51 N. W. 1162 ; Chevrier v. Robert, 6 Mont. 319 ; Graves v. Coutant, 31 N. J. Eg. 763 ; Mc Cain v. Gispon. 7 Wash 314 ; 35. Pac. 64.

dispositions législatives différentes, contient en puissance les développements qui vont suivre. Mais il s'agit de dégager l'idée qui s'est trouvée implicitement liée à notre discussion : au lieu de nous appuyer sur les textes, comme nous l'avons fait jusqu'à présent, nous pouvons faire appel à des principes plus généraux, qui, dans notre pensée, permettront de mettre en pleine lumière la raison profonde de la solution qu'il nous paraît légitime d'appliquer. En considérant à quel principe logique, en dernière analyse, on contrevient, en rangeant la réglementation de la prescription au nombre des institutions d'ordre public international, nous vérifierons la solution qui résulte de l'examen de la législation interne, envisagée dans son ensemble. Cette solution nous apparaîtra alors comme douée d'une force suffisante pour qu'elle puisse s'imposer là même où, par hypothèse, les arguments de texte que nous avons indiqués lui feraient défaut.

Nous sommes en droit interne, le législateur n'a pas statué. Il n'a pas déterminé expressément le caractère des dispositions légales vis-à-vis des conflits de lois. L'interprète doit suppléer à sa volonté absente. Quelle direction doit-il prendre ? Si nous estimions, avec certains auteurs, que les codifications modernes suffisent à assurer la vie actuelle du droit, qu'il est possible de déduire, par une dialectique purement formelle, des principes qu'elles ont tracés, la solution de toutes les difficultés juridiques; sans que jamais il soit nécessaire de suppléer au texte par un appel à d'autres sources du droit privé que la loi écrite, sans que jamais la nécessité de se prononcer, malgré une lacune patente de la législation, autorise l'abandon complet de l'étude des dispositions légales, nous serions ramenés à notre point de départ.

Mais cette conception est inexacte. On a démontré que l'élaboration des théories juridiques à l'aide des textes n'est recommandable que dans la mesure où il est possible d'apercevoir à travers leur formule la volonté du législateur directement ou indirectement exprimée. Lorsque cette volonté est absente, il faut recourir à d'autres sources : c'est une illusion de croire que la loi écrite suffit à tout ; l'application d'une méthode d'interprétation basée exclusivement sur l'étude de la loi écrite conduit à des hésitations, à des contradictions qu'on a au moins quelques chances d'éviter en utilisant des méthodes plus libres. A défaut de coutume, de traditions jurisprudentielles et doctrinales constantes et justifiées,

— et c'est ce qui a lieu en notre espèce, — le juge doit se substituer au législateur, pour suppléer, en son lieu et place, à l'insuffisance du droit.

Comme l'interprète, d'ailleurs, trouvera dans l'esprit de la loi écrite les plus utiles indications, l'analogie pourra jouer un rôle prépondérant, au milieu des autres sources de conviction, dans un essai de reconstruction des théories ou dans la recherche d'une solution à propos d'une hypothèse précise. Mais l'emploi de ce procédé d'argumentation, que légitime l'idée élémentaire qu'à des situations semblables conviennent des règles juridiques équivalentes, ne saurait être entouré de trop de précautions. « L'on sent assez que le principal danger qui en résulte, c'est d'abriter sous le manteau légal des constructions toutes subjectives de l'interprète, sans le contrôle constitutionnel qui justifie le prestige des solutions vraiment dégagées de la loi, sans que, d'autre part, l'absence de tout lien sérieux et sincère avec la volonté des auteurs de la loi soit compensée par la nécessité pour l'interprète de fonder sa décision sur des principes objectifs d'équité ou d'intérêt général ¹. »

C'est précisément la tentation à laquelle la méthode traditionnelle n'a pas résisté. Comme il s'agit toujours, dans les applications du raisonnement analogique, de situations voisines, elle a eu tendance à accueillir avec complaisance le rapprochement d'hypothèses qu'une analyse plus rigoureuse aurait conduit à distinguer. Il était cependant possible d'apercevoir que l'analogie n'est pas un mode d'interprétation de la loi, qu'en employant ce procédé de dialectique, on avoue par là même que le législateur ne s'est pas prononcé, qu'il n'a pas eu de volonté réelle dans l'espèce. Par suite, l'interprète, appelé, en réalité, à rechercher ce que le législateur aurait pu vouloir, doit avoir égard à tous les éléments que le législateur aurait pu prendre en considération, s'il s'était décidé à statuer. En définitive, l'analogie, qui induit une solution, pour un état de fait donné, d'une similitude fondamentale entre cette situation et celle que la loi a réglée, ne se légitime que dans la mesure où il existe, entre la solution législative et la solution proposée, identité de raison juridique. C'est de l'existence de cette identité substantielle que dépend la valeur du raisonnement ana-

1. Geny, *Méthode d'interprétation, de l'Analogie*.

logique. Si cette identité ne se rencontre pas, ce raisonnement ne constituera qu'un expédient, sans valeur scientifique.

Or, les développements qui ont précédé nous prouvent qu'on ne saurait constater une identité essentielle entre les conditions dans lesquelles se pose, en droit interne et en droit international, les problèmes relatifs à la prescription. On ne peut soutenir que dans les deux cas l'État saisi du litige ait le même intérêt à opposer la fin de non-recevoir ; car s'il est utile à la collectivité, nul ne le conteste, de limiter de façon uniforme le temps imparti pour l'exercice des actions, il importe aussi à la bonne harmonie des relations sociales que le créancier qui a fait crédit à son débiteur ne soit pas injustement dépouillé ; mais tandis qu'en droit interne la surprise n'est pas possible, puisque le statut de prescription est déterminé une fois pour toutes, en droit international, l'application de la règle contenue dans la législation du tribunal saisi peut avoir pour résultat de mettre le sort de la créance entre les mains du débiteur. Par suite, l'introduction dans le problème d'un élément nouveau, la possibilité du changement de domicile, empêche de constater cette identité essentielle, qui doit se trouver à la base de l'analogie scientifique. L'interprète est donc aussi libre pour apprécier la portée des dispositions légales de droit interne relatives à la prescription, lorsqu'elles entrent dans le conflit de lois, que pour rechercher la solution générale du conflit. Mais, dans ces conditions, les raisons qui recommandent l'application de la loi du contrat comme règle normale de solution du conflit, se retrouvent toutes en l'espèce, et nous aboutissons à constater que la réserve de l'ordre public ne s'applique qu'à l'imprescriptibilité d'une créance prescriptible d'après la *lex fori*, et aux dispositions internes de droit international par lesquelles le législateur aura tranché, d'un point de vue national, le conflit de lois.

Abstraction faite de ces réserves, dont l'importance pratique est négligeable, nous sommes conduit, par de longs détours, à formuler une règle que les partisans de la *lex contractus* avaient dès longtemps reconnue, à la suite de Dumoulin et de Savigny. Nous aurions pu, sans doute, en attirant dès le début l'attention sur l'impossibilité presque absolue pour l'interprète d'user de l'argument d'analogie, dispenser le lecteur des développements que nous avons consacrés à démontrer que le droit interne fournit, à l'appui

de la thèse soutenue, des arguments nombreux. Mais en ces matières, les chemins les plus longs ne sont pas les moins sûrs ; toute objection sérieusement formulée doit retenir l'attention ; les arguments tirés de l'application aux rapports de droit international des dispositions de droit interne laissaient subsister, en faveur d'une application partielle de la *lex fori*, une apparence de raison qu'il y avait lieu, croyons-nous, de détruire, en nous plaçant d'abord sur le terrain où les adversaires de la théorie que nous proposons nous avaient convié.

CONCLUSION

Nous pouvons maintenant embrasser d'un coup d'œil d'ensemble les théories qui se sont développées au XIX^e siècle sur le fondement des opinions émises aux siècles précédents. Le système de la *lex domicilii debitoris* se confond théoriquement et pratiquement avec celui de la *lex fori*. Les derniers auteurs qui se sont rangés à l'application de la *lex loci solutionis* adoptent implicitement, comme principe général, le système de la loi du contrat : s'ils se décident pour la loi du lieu du paiement, c'est à raison de la position qu'ils ont prise dans la détermination de la *lex contractus*. Le système qui attribue compétence à la loi la plus favorable au débiteur repose sur une analyse inexacte de la prescription ; il ne tient pas compte de l'influence nécessaire de l'ordre public sur la solution des conflits de lois ; la jurisprudence ne l'a pas appliqué, il n'a pas eu d'écho en doctrine.

Restent en présence le système de la *lex contractus* et celui de la *lex fori*. S'il est vrai que toutes les institutions de procédure sont régies par la loi du tribunal saisi, la solution du conflit relatif à la prescription libératoire ne saurait dépendre, à ce titre, de cette loi ; car la prescription est une institution qui touche au fond du droit, et il est naturel que les parties s'en réfèrent, pour fixer la durée de leurs actions, à la loi du contrat, qui détermine l'étendue, la validité des obligations, bref, toute la substance de la convention. Le système de la *lex fori* a reconnu très nettement la force de cet argument, en admettant que le créancier avait un droit acquis au délai de prescription de la loi du premier domicile du débiteur. Pour obvier aux inconvénients des changements de domicile, ses partisans ont renoncé à déduire logiquement du principe sur lequel ils ont fondé leur doctrine, le régime de ses applications particulières : ils ont recommandé l'utilisation de procédés

dont les formules sont revêtues d'apparences scientifiques, mais qui ne sont que des expédients d'un maniement incertain. En donnant compétence à la loi du contrat, on atteint plus sûrement à la stabilité du droit par un système homogène.

Toutefois, les institutions de droit matériel ne sont pas nécessairement soustraites à la *lex fori*, car la question de l'ordre public se pose dans toutes les matières où peut se produire un conflit de législations : la territorialité des lois de procédure n'est elle-même qu'une application particulière du principe de l'ordre public. La loi applicable sera donc la loi du contrat, dans les limites permises par l'ordre public « international », tel qu'il est conçu dans le pays où s'élève le litige. Mais précisément parce que cette formule laisse place à l'intervention de la notion d'ordre public, il semblerait qu'elle ne puisse, dans l'hypothèse la plus favorable, nous donner une solution absolue du conflit, et qu'ainsi l'application rigoureuse des principes ne conduise aux résultats que l'on a tenté d'éviter.

Mais l'examen des raisons qui rendent délicate la détermination du caractère des dispositions de droit interne, en indiquant la cause générale des difficultés du problème, limite par là même leur champ d'influence. Toutes les fois que la direction imprimée à la réglementation d'une institution dépend du parti que l'on prend vis-à-vis des problèmes moraux politiques ou sociaux qui les dominent, la science reste hésitante, car elle ne peut guère avoir d'emprise sur la marche des idées ; elle doit généralement tenir compte de toutes les affirmations par quoi se révèlent l'idéal ou les préjugés d'une époque. Aussi, en certaines parties du droit interne, les variations sur les principes essentiels sont-elles constantes : on les a comparées au mouvement des flots de la mer qui viennent périodiquement baigner les mêmes endroits du rivage : le droit international, se superposant à des éléments instables, serait-il invariable lui-même qu'il subirait inévitablement les conséquences de la mobilité du droit interne. Dans ces hypothèses, on en sera généralement réduit, pour fixer l'influence de l'ordre public sur la solution du conflit, à rechercher quel est, à un moment donné, l'état de la jurisprudence ou de la littérature, considérées comme les deux éléments qui sont le plus susceptibles de refléter avec exactitude les suggestions de la conscience publique⁵

Au contraire, dans les matières où les intérêts pécuniaires seuls

sont en jeu, où les considérations de morale et d'équité ne paraissent pas avoir eu d'influence déterminante sur la réglementation de l'institution entrant dans le conflit de lois, parce que cette institution poursuit un but nettement utilitaire, il n'existe plus, *a priori*, d'impossibilité absolue de fixer l'influence de l'ordre public international sur les applications d'une solution générale de conflit.

C'est ce que l'on constate en essayant de préciser le caractère des dispositions du Code civil français ou du Code civil allemand, relatives à la prescription : ce qui importe à l'État, avant tout, c'est que l'exercice des actions soit limité ; le délai de prescription, en lui-même, n'est qu'un élément de second ordre. Sans doute, il serait contraire aux intérêts essentiels de l'État que tous ses ressortissants pussent faire varier, par un allongement conventionnel, la durée des délais légaux. Mais, en notre espèce, il s'agit exclusivement de contrats passés à l'étranger. L'application de tout autre système aurait pour conséquence nécessaire de sacrifier des intérêts légitimes, dont la violation ne pourrait qu'avoir des conséquences funestes sur le bon ordre des relations juridiques. On peut donc estimer qu'il n'y a pas lieu d'hésiter entre la crainte chimérique de voir la marche de la justice troublée par l'admission de l'action après les délais fixés par la *lex fori*, et la nécessité de remédier au danger certain qui résulte de la possibilité d'un changement de domicile.

Toute autre conclusion procède d'une extension abusive de dispositions conçues uniquement pour le droit interne, à la sphère des rapports juridiques internationaux. Le raisonnement d'analogie est inapplicable en l'espèce, car les données du problème ne sont pas les mêmes dans les deux cas. Les législations, au surplus, fournissent des arguments importants à l'appui de ces considérations dogmatiques. Outre que la prescription n'y est pas conçue comme une institution rigoureusement obligatoire en toutes ses parties, il résulte d'une analyse tant soit peu attentive des dispositions légales que le législateur a dû abandonner, en plusieurs circonstances, la précision des formules impératives pour adapter le principe de la prescription des actions aux besoins variables de la vie juridique. Or, comme nous sommes amené à rechercher ce que le législateur aurait voulu, s'il s'était posé la question que nous avons essayé de résoudre, nous ne pouvons douter, en présence de ces textes, où nous voyons l'institution se modeler aux

faits, par une exception formelle aux principes, que le législateur ne se fût prononcé pour la solution qui assure, dans les meilleures conditions, la stabilité du droit.

Ainsi, dans le cas de conflit relatif à la prescription, il nous paraît que les solutions particulières du conflit qui résultent de l'application de la formule générale proposée à des hypothèses concrètes doivent coïncider avec cette formule.

Et maintenant, si, en terminant cette étude, il nous était permis, après les hésitations des plus grands maîtres, de chercher à préciser un principe général, se rapprochant d'une solution, nous en viendrions à dire qu'il serait sans doute facile, lorsqu'il s'agit d'institutions dont le but est nettement caractérisé, qui sont conçues selon un type sensiblement uniforme par toutes les législations, de réduire l'influence de l'ordre public international en s'attachant à limiter d'abord aux seules matières pour lesquelles il est réellement utilisable, l'emploi du raisonnement analogique. Lorsqu'on s'applique à la solution d'un problème de droit international selon les directions fournies par le système de la personnalité du droit, toute difficulté de droit international se résout en un problème de droit interne ; mais par là même les méthodes d'interprétation, qui ne sont que la mise en œuvre des principes de la logique pure dans les matières juridiques, deviennent applicables. Or, si les travaux où l'on a groupé les règles à suivre pour interpréter les textes législatifs ne fournissent parfois que des indications trop vagues pour qu'il soit permis de résoudre à coup sûr tous les problèmes que le législateur n'a pas prévus, leur partie critique a le mérite incontestable de faciliter l'appréciation des opinions divergentes, en attirant l'attention sur les défaillances de raisonnement qui se rencontrent le plus communément dans la littérature juridique. On a dit du syllogisme qu'il n'est pas un instrument de découverte, mais un merveilleux instrument de vérification : la même remarque s'applique aux méthodes d'interprétation. En s'attachant à les suivre, on ne saurait toujours aboutir à une solution définitive : on aura du moins quelques chances de ne pas se tromper grossièrement. Sans doute, le jurisconsulte ne connaîtra jamais les satisfactions que donne à quiconque s'est initié aux calculs algébriques la précision mathématique, car le droit n'est pas une science fondée sur des certitudes ; un scepticisme discret conviendra toujours à ceux qui ont con-

science des difficultés inhérentes à ces problèmes, parce qu'ils ne se sont pas contentés de noter les hésitations de la pratique, sans les expliquer, et qu'ils en savent les causes profondes. Mais une exacte observation des principes qui doivent dominer la pensée juridique empêchera que ce doute méthodique ne se transforme en stérilité, et qu'en toutes matières on s'estime condamné à écrire de ces ouvrages qui, selon l'expression pittoresque d'un ancien statutaire, apparaissent comme « d'excellents magasins de raisons de douter, qui ne sont pas toujours suivies de celles de décider ».

En examinant à la lumière de ces principes les solutions que l'on propose de donner aux conflits de lois, on aperçoit que dans la plupart des cas où la loi du tribunal saisi substitue ses dispositions à celles de la législation normalement compétente, c'est par application du procédé technique qui consiste à régler, sans raisons suffisantes, des rapports de droit international par des dispositions uniquement édictées en vue du règlement des problèmes juridiques de droit interne. L'utilisation de cette dialectique vicieuse a rencontré des obstacles que d'aucuns ont qualifiés d'insurmontables ; en s'attachant à vérifier, dans chaque hypothèse, la valeur logique du raisonnement, on risquera moins de se heurter aux difficultés où l'école de Bartole avait succombé.

Concluons donc qu'il n'est pas téméraire d'espérer la lente formation, en matière de conflits de lois relatifs aux obligations, d'une conviction juridique commune qui permettrait de réduire aux plus strictes proportions l'influence de l'ordre public sur la solution normale des conflits, en attendant l'heure, incertaine encore, où l'on pourra songer à l'instauration d'une loi uniforme.

Les projets actuels, relatifs à la lettre de change, autorisent toutes les espérances.

APPENDICE

A. — LA PRESCRIPTION ET L'ORDRE PUBLIC.

Nous avons dit plus haut que plusieurs professeurs étrangers avaient bien voulu nous éclairer sur différents points obscurs de la théorie du conflit de lois relatif à la prescription libératoire. Nous reproduisons dans cet appendice : 1° des fragments de la lettre que nous leur avons adressée ; 2° la réponse de M. le professeur Neumeyer, de Munich ; 3° la réponse de M. le professeur Hedemann (après discussion du Séminaire de droit civil de l'Université d'Iéna) ; 4° une lettre que nous avons reçue, sur la même question, de M. le professeur Olivi, de Modène.

I

« La jurisprudence et la doctrines allemande décident, d'une façon générale, que la prescription libératoire des actions est régie en droit international d'après la loi du contrat (*lex contractus*). Les auteurs justifient cette solution de différentes manières ; mais, la plupart du temps, ils cherchent à démontrer que la prescription appartient au droit matériel, et ils font cette démonstration en s'appuyant sur des raisons tirées du droit interne, des principes généralement acceptés du droit international, ou des inconvénients des solutions contraires. Mais depuis la publication du B. G. B. il semble que les jurisconsultes allemands aient des raisons plus fortes de décider que la prescription (*Verjährung*) appartient au droit matériel ; et c'est sur cette idée, développée notamment dans une *Inaugural Dissertation* de Breslau (1909) intitulée *Die Verjährungseinrede im internationalen Privatrecht nach heutigem Reichsrecht*, par M. Albert Treutler, que je désirerais, en premier lieu, avoir votre avis. M. Treutler dit (p. 14 et suiv.) que l'*Anspruch* est défini dans l'article 194 du B. G. B. comme une institution de droit matériel ; il conclut que la prescription libératoire est une *Anspruchverjährung* et non plus, comme au temps du droit commun, une *Klageverjährung*. Fischer, Langheineken, Hellwig, avaient adopté cette opinion, ainsi que les auteurs cités à la page 30.

Mais ceci, me semble-t-il, ne tranche pas le débat. En effet, s'il est vrai que l'*Anspruchverjährung* soit de droit matériel, la question reste

de savoir si les institutions de droit matériel sont nécessairement soustraites à la compétence de la lex fori. Qu'arriverait-il, d'après le B. G. B., si l'on prétendait poursuivre devant un tribunal de l'Empire un débiteur, en raison d'une créance qui, d'après la *lex contractus*, ne se prescrit que par 40 ans, alors que le délai le plus long du B. G. B. est de 30 ans ? Ce délai de 30 ans n'est-il donc pas d'ordre public en Allemagne ?

D'autre part, l'article 12 de l'E. G. décide que l'on ne peut assujettir un citoyen allemand, pour un quasi-délit dont il est responsable, à un régime plus dur que celui déterminé en pareil cas par la loi allemande : l'article 12 est-il aussi applicable quand il s'agit de prescription ? et s'il en est ainsi, ne pourrait-on pas conclure *a contrario* qu'en ce qui concerne les contrats, la règle de la *lex contractus* doit recevoir intégralement application ? Une réponse affirmative serait sans doute un argument de quelque poids en faveur de la thèse générale soutenue en Allemagne : mais je ne suis pas certain de la valeur de la déduction ; aussi, je fais appel à votre expérience pour vous demander ce que vous en pensez. »

II

1) Es ist richtig, dass die Verjährung im deutschen Gesetzbuch als Verjährung des « Anspruchs » konstruiert ist. Es ist ferner richtig, dass der « Anspruch » im B. G. B. als eine Rechtsform des materiellen Privatrechts erscheint.

Immerhin sind damit noch nicht alle Schwierigkeiten beseitigt, die für Ihre Untersuchungen in Betracht kommen. Denn der Anspruch des deutschen Rechts geht im Falle der Verjährung *nicht* unter, sondern es wird ihm nur die Lebenskraft entzogen. Aber auf welche Weise ? Es wäre denkbar, dass eine Gesetzgebung, welche die Verjährung gegen den Anspruch wendet, die Wirkung der Verjährung so bestimmt, dass dem Anspruch die Klagbarkeit genommen würde. Und Sie sehen daraus, dass Zweifel, ob die Verjährung ausschliesslich dem Privatrecht angehört, auch dann noch möglich sind, wenn die Verjährung gegen den materiellrechtlichen Anspruch gerichtet ist. Indessen gerade für das deutsche Recht fallen diese Schwierigkeiten weg. Denn nach, § 222, B. G. B. kommt die Wirkung der Verjährung dadurch zur Geltung, dass sie für den Verpflichteten ein neues subjektives Recht erzeugt : das Recht, die beanspruchte Leistung zu verweigern. Und auch dies Recht gehört natürlich dem Bereich des materiellen Rechts an.

2) Sie haben ganz recht, wenn Sie annehmen, die Verjährung gehöre dem materiellen Recht an, und trotzdem sei es denkbar, sie mit Rücksicht auf die « öffentliche Ordnung » an der *lex fori* zu messen. Ich

könnte mir vorstellen, dass irgend eine fremde Gesetzgebung eine Forderung als unverjährbar erklären würde, und dass es im Inland als unerträglich angesehen würde, wenn man die Forderung nach hundert-jähriger Untätigkeit noch eintreiben wollte. Hier wäre eine Berufung auf die öffentliche Ordnung wohl am Platze. Allein wir in Deutschland sind vorsichtig geworden in der Handhabung dieses Werkzeugs. Dank den Bemühungen, die Bar und Zitelmann auf den Gegenstand gerichtet haben, haben wir uns überzeugt, dass es nicht unsere Aufgabe sein könne, ohne Not den Kritiker fremder Gesetzgebungen zu spielen. Wir wenden das massgebende Recht des Auslands auch dann an, wenn es von dem unsrigen beträchtlich abweicht, und wir nehmen zu dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung nur in den ganz seltenen Fällen unsere Zuflucht, in denen die Anwendung des fremden Rechts völlig unvereinbar wäre mit unseren Grundanschauungen. Die enge Fassung, welche der Vorbehalt in Art. 30 des Einführungsgesetzes erhalten hat, steht damit in Ubereinstimmung. Und es wird in Deutschland vermutlich gar niemand daran Anstoss nehmen, wenn die Verjährungsfrist nach der *lex contractus* 40 Jahre beträgt, während sie nach deutschem Recht nur 30 Jahre dauern würde.

3) Sie haben wiederum recht, wenn Sie annehmen, dass Art. 12 E. G. einem Deutschen, der wegen einer unerlaubten Handlung in Anspruch genommen wird, der Einwand offen stehe: der Anspruch ist nach deutschem Recht verjährt. Trotzdem möchte ich Ihnen nicht empfehlen, daraus irgend eine weitergehende Folgerung abzuleiten. Es ist zwar richtig, dass in Art. 12 so etwas wie eine Berufung auf die öffentliche Ordnung gesetzliche Anerkennung gefunden hat. Aber die Verletzung der öffentlichen Ordnung wird natürlich nicht darin gefunden, dass die *Verjährung* nach den Gesetzen des Deliktsortes länger dauert als in Deutschland, sondern darin, dass die Rechtsfolgen eines *Delikts* in Frage sind, die nach Art. 12 gegen Deutsche nicht weiter reichen sollen, als dem heimatlichen Recht entspricht. Diese *völlig isolierte* (und sehr bedauerliche) Vorschrift über die öffentliche Ordnung bei Delikten gestattet aber wohl keinerlei Schlüsse auf andere Materien; weder ausdehnend, dass nun auch in anderen Fragen eine Berufung auf die öffentliche Ordnung zulässig wäre; noch ausschliessend, so dass eine Berufung auf sie in anderen Fällen nunmehr abgelehnt werden müsste.

III

I. Es ist gesicherte, so gut wie unbestrittene Meinung der deutschen Gelehrten, dass die « Verjährung » (*prescription libératoire*) ein *Institut des materiellen Rechtes* ist. Diese Meinung ist nicht erst durch die

Dissertation von Treütler herausgearbeitet worden, sondern war schon vorher allgemein anerkannt. Das B. G. B. von 1900 (1896) hat in der Tat zur Kräftigung dieser Meinung beigetragen. Denn vorher betrachtete man im Anschluss an das römische Recht als das, was verjährt, die « actio »; und dieser Begriff der « actio » hatte seiner Geschichte nach einen *prozessualen* Beigeschmack. Indessen hatte schon für das frühere Recht (das « gemeine » Recht) Windscheid (Professor in Leipzig) die Wegstreichung des prozessualen Beigeschmacks in die Wege geleitet. Das B. G. B. stellt nur den Schlussstein der Entwicklung dar.

II. Darum kann die *lex fori* auf die Frage der Verjährung jedenfalls nicht mit der Begründung angewendet werden, dass es sich um eine *Frage des Prozessrechts* (des formellen Rechts) handle.

III. Wohl aber lässt sich darüber streiten, ob nicht die *lex fori* aus dem Gesichtspunkt des *ordre public* zur Anwendung gebracht werden muss. Die Bedeutung des *ordre public* ist für Deutschland festgestellt im Art. 30 E. G. zum B. G. B. Aus diesem Artikel kommt für die Frage der Verjährung nur in Betracht der Gedanke, dass nicht *gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes* verstossen werden darf.

Danach fragt es sich also, ob z. B. eine im Ausland bestehende 40 jähr. Verjährung « gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes », vor allem des § 195 B. G. B. verstossen würde. Für die Bejahung spricht der Umstand, dass die neuere Tendenz auf möglichste Verkürzung der Verjährung geht (Vgl. darüber Hedemann, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*, S. 76). Trotzdem entscheide ich mich für *Verneinung*, aus folgenden Gründen:

1) Hauptsache ist, dass überhaupt eine Verjährung eintritt; die Fristen kommen erst in 2. Linie.

2) Das B. G. B. kennt selber sehr verschiedene Fristen (2, 3, 4, 30 Jahre usw.).

3) Der Umstand, dass überhaupt ein bestimmtes Vertragsverhältnis unter ausländisches Recht gestellt wird, kann dem etwa daran beteiligten Deutschen viel schwerere Nachteile bringen, als es die längere Verjährungsfrist ist. Muss es jene schwereren Nachteile sich gefallen lassen, dann kann er auch die längere Frist nicht von sich abschütteln.

— Dagegen warne ich davor, den Art. 12 als *argumentum e contrario* zu verwenden. Bei der grossen Dürftigkeit der deutschen gesetzlichen Regelung kann ein solches Argument wenig überzeugen.

IV. Es bleibt also dabei, dass die Frage der Verjährung nach dem Recht zu beurteilen ist, nach dem das Vertragsverhältnis, im *allgemeinen* zu beurteilen ist, als nach *lex contractus*.

Unter *lex contractus* ist dabei nach der in Deutschland herrschenden Meinung der sog. *Erfüllungsort*, nicht also die *lex domicilii*, zu vers-

tehen. Doch ist hervorzuheben, dass in *sehr* vielen Fällen der sog. « Erfüllungsort » praktisch mit dem Wohnsitz des Schuldners zusammenfällt, wozu zu vergleichen ist § 269 B. G. B.

V. Die deutsche *Literatur* hat sich über den Punkt III fast noch gar nicht geäußert. Ich glaube aber dass die Mehrzahl der deutschen Gelehrten und Richter so entscheiden würde wie ich.

IV

M. le professeur Olivi, auquel nous avons demandé si les délais de prescription étaient, en droit italien, d'ordre public international, nous a très aimablement répondu :

... Nous nous rangeons facilement à l'opinion de ces auteurs qui considèrent qu'au regard du droit interne la prescription forme un tout... Mais lorsqu'il s'agit de rapports de droit international, le juge doit admettre que seul le principe de la prescription tient aux intérêts généraux de l'État, et que la durée des délais influe moins directement sur la sécurité des relations sociales. A notre avis, ce point de vue est décisif. Et votre affirmation, que l'État n'a pas à imposer à des étrangers qui ont contracté sous l'empire d'une loi étrangère l'obéissance à des dispositions qui n'ont réellement lieu de s'imposer qu'aux nationaux, rallie complètement nos suffrages ; nous ne pouvons que partager le fond de votre pensée. Seule, cette manière de voir nous paraît équitable ; et toutes les considérations qui pourraient y être ajoutées ne sauraient que rendre plus sûre et plus énergique la solution que vous proposez.

Au moment de mettre sous presse, nous avons appris le décès de M. le professeur Olivi. L'Institut de droit international perd en lui un de ses membres éminents ; ses élèves de Modène un maître expérimenté. Qu'il nous soit permis en publiant ces lignes, les dernières sans doute qu'il ait écrites sur le droit international privé, de rendre à sa mémoire l'hommage qui lui est dû.

B. — LE CONFLIT RELATIF A LA PRESCRIPTION ET LA THÉORIE DU RENVOI.

Nous signalons en terminant une difficulté qu'une erreur matérielle de composition ne nous a pas permis de rattacher au chapitre consacré à l'étude du système de la *lex fori* ; nous voulons parler des rapports de la théorie de la prescription et de la théorie du renvoi. Le cas s'est présenté le 4 janvier 1882, devant le tribunal de l'Empire ; l'espèce est rapportée par M. A. Mercier, *op. cit.*, p. 92, et analysée par Fr. Kahn,

Etudes de droit international. Une lettre de change avait été tirée dans l'état de Tennessee, où le débiteur avait son domicile. Ce débiteur va s'établir à Brême. Le délai de prescription étant plus court selon la loi allemande que selon la législation américaine, le débiteur poursuivi invoque la première. A l'appui de sa demande, il n'articule pas, comme on pourrait le penser, que la *lex fori* est compétente parce que la prescription est une institution de procédure, ou une institution d'ordre public international. Il prétend que la loi américaine étant applicable en vertu de la théorie allemande de droit international qui donne compétence à la *lex contractus*, c'est la loi allemande qui doit statuer ; car la loi du contrat étant la loi américaine, et celle-ci faisant application de la *lex fori* au conflit relatif à la prescription libératoire, c'est la loi du tribunal saisi, en l'espèce la loi allemande, qui, par renvoi, doit décider du litige. Le tribunal de l'Empire, bien qu'il eût admis, à plusieurs reprises, la possibilité du renvoi, rejeta la prétention du débiteur ; ses motifs sont du reste quelque peu obscurs. Quoi qu'il en soit, ne pouvant nous prononcer sur la question générale du renvoi (Cf. Weiss, tome III, Pillet, *Principes*, Lainé, *Revue Darras* 1907, 1908), nous nous bornerons à remarquer que l'admission de cette doctrine en notre espèce conduit à faire varier le délai de prescription avec le changement de domicile ; on en revient ainsi, indirectement, au système de la *lex fori* ; les critiques que nous lui avons adressées seraient donc toutes applicables. Toutefois on pourrait se demander s'il ne serait pas possible d'admettre, par interprétation de la volonté des parties, que deux sujets anglo-américains ont entendu s'en référer dans leur contrat, en tant que de besoin, aux règles de droit international incorporées dans la législation interne ; dans cette hypothèse, les parties ayant dû prévoir la possibilité du changement de domicile seraient mal venues à invoquer les dispositions de droit interne proprement dites, pour se soustraire à une prétention à laquelle elles ont dû prévoir qu'elles seraient exposées.

VU :

Le Doyen,
P. CAUWÈS.

VU :

Le Président de la thèse,
André WEISS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur,

LIARD.

JURISPRUDENCE

Arrêts ayant statué sur le problème de la prescription libératoire
en droit international privé.

I

ARRÊTS AYANT ADMIS L'APPLICATION DE LA « LEX FORI »

A. — FRANCE.

1. Cour de cassation, 13 janvier 1869, S. 69.1.49 (*Schaeffer c. Albrecht*), p. 111.

2. Cour d'appel de la Seine, 28 février 1881 (*Vaugeois c. de Cools*), Clunet, 1881, p. 112.

3. Besançon, Cour d'appel, 11 janvier 1882, S. 85.1.113 (*Vorbe c. Vorbe*), arrêt confirmant un jugement de Pontarlier du 23 mai 1881, p. 112.

4. Jugement de Tunis du 23 juin 1888, *le Droit*, 24 avril 1889, S. 89.2.104. *France judiciaire*, 1888, 285 (*Rochaïd Dadah c. Elias Mussali*), confirmé par la Cour d'Alger le 17 janvier 1889 (S., *loc. cit.*), p. 112.

5. Tribunal de la Seine, 18 juillet 1885, Clunet, 86.202 (*Hamida c. Ben Aiad*), p. 112.

6. Tribunal de la Seine, 28 novembre 1891, Clunet, 92.712, *Zeitschrift*, II, 616, § 1, et *Rev. prat.*, 92.5.13 (*Wehrle c. Letivirie*), p. 112.

7. Tribunal de la Seine, 11 décembre 1893. *Droit*, 30 décembre 1893 (*Noto c. Pacini*), p. 113.

8. Cour de cassation, 7 novembre 1904. Darras, 1906, 132 (*Kendrick and Nelson c. Frize*), p. 113.

B. — SUISSE.

Tribunal fédéral suisse, 24 juillet 1882, S. 82.4.41 (*Comtat c. Briffod*), note de M. E. Lehr, p. 113.

C. — HOLLANDE.

1. Haute Cour des Pays-Bas, 2 avril 1874, *Clunet*, 1874, 141 (*Succession P.*), p. 113.
2. Cour de Bois-le-Duc, 21 mars 1882, S. 83.4.9 (*De Behr Lehembre c. Clément*), p. 113.

D. — BELGIQUE.

1. Cour de Bruxelles, 27 juillet 1896. *Pas.*, 1826, 238, p. 113.
2. Tribunal de commerce d'Ostende, 8 mars 1888, *Pand. Per. Belges*, 1888, 1081 (*Witdenbogaardt*), p. 113.
3. Cour de Bruxelles, 4 février 1893, *Journal des tribunaux de Bruxelles*, 26 février 1893, p. 113.

E. — RÉPUBLIQUE ARGENTINE.

1. Cour Buenos-Ayres, juillet 1909 (*Don Alphonso Yannone c. don Juan Macchi*), *Clunet*, 1910, 633, p. 114.
2. Cour de Buenos-Ayres (*Banque commerciale de Paris c. Juan Seguin*), *Clunet*, 1910, 633, p. 114.

F. — ALLEMAGNE.

1. Kammergericht de Berlin, 11 avril 1825 (*Simon und Strampf*), I, p. 325, p. 113.
2. Cologne, 7 janvier 1836, p. 114.
3. Cologne, 4 avril 1839, p. 114.
4. O. A. G. Darmstad, 10 octobre 1840 (*Schönemarck c. Engel*), *Seuf*, 12, 234, p. 113.
5. Cologne, 14 décembre 1840.
6. O. A. G. Celle, 28 mai 1850, *Seuf*, 8, n° 7, I (*H. c. B.*), p. 113.
7. O. A. O. Celle, 6 février 1855, *Seuf*, 9, 246, 7 (*Martens c. Borger*), p. 114.
8. O. A. G. Iéna, 6 mars 1863, *Seuf*, 16, 184 (*Kern c. Doctor*), p. 114.
9. O. A. G. Celle, *Seuf*, 23, 2 (*Baurmeister c. Baurmeister*), p. 114.
10. Tribunal supérieur, 18 mars 1875, *Clunet*, 77, 243 (*Viernszowski c. Cegielka*), p. 114.
11. O. T. Berlin, 2 juin 1844, *Entsch.* 10, 102, p. 114.

II

ARRÊTS AYANT ADMIS L'APPLICATION DE LA
« LEX CONTRACTUS »

A. — SUISSE.

1. Tribunal fédéral suisse, 13 novembre 1886, *Entsch. des Bundesgerichts*, 12, 99 (*Brunner c. Brunner*), p. 138.

2. Cour de Justice civile de Genève, 18 octobre 1886 (*Loysel c. Sivi-gnon*), Clunet, 1889, 350, p. 138.
3. Tribunal civil de Genève, 10 janvier 1889, Clunet, 1890, 168 (*Dumollard c. Martin*), p. 138.
4. Tribunal civil de Lausanne, 16 novembre 1897. (Jug. cité par Mercier, *op. cit.*, p. 97), p. 138.
5. Cour de Justice civile de Genève, 20 janvier 1890, Clunet, 1891, p. 1036, p. 138.
6. Cour de cassation de Fribourg, 24 mars 1896 (*Semelet c. Boursetty*). *Revue judiciaire de Lausanne*, 15-30 juillet 1896, p. 138.
7. Cour civile de Lausanne, 15 février 1899. *Semaine judiciaire de Genève*, 15 février 1899 ; Tribunal fédéral suisse, 14 juillet 1899, Clunet, 1900, p. 848 ; *Zeitschr.*, 1901, 137 et 335 (*Lavonchy Clarke c. Bersy*), p. 138.

B. — RUSSIE.

1. Sénat dirigeant du Varsovie, 1856 (*Oziembowski c. Waroniecki*), Clunet, 1874, 333, p. 138.
2. Sénat dirigeant de Varsovie, 1868, Clunet, 1874, 333, p. 138.
3. Sénat dirigeant de Varsovie, 24 novembre 1873, Clunet, 1874, 333, p. 138.
4. Tribunal communal de Saint-Petersbourg, 17 mars 1877, Clunet, 1881, 189 (*Bloumberg c. Wahlberg*), p. 138.
5. Sénat, 8 mars 1906 (*Ehrlich c. Finkel*), Clunet, 1910, 287.
6. Sénat, 5 mars 1904 (*Bourdier c. comtesse B. et baronne M.*), Clunet, 1910, 685.

C. — ALLEMAGNE.

1. Cour revision Berlin, 6 mars 1843, *Seuf.*, 2, 120, p. 138.
2. O. A. G. Lubeck, 28 janvier 1847 (*Meyer und Herzog c. Schröder*), p. 138.
3. O. T. Stuttgart, 1^{er} juillet 1852, *Seuf.*, 6, 1-4, p. 138.
4. O. A. G. Munich, 11 juin 1853, *Seuf.*, 12, 334, p. 138.
5. A. G. de Lübeck, 31 janvier 1855, *Seuf.*, 13, 5 (V. A. Mercier, *op. cit.*, p. 90), p. 138.
6. O. G. Wolfenbüttel, 30 mai 1860, *Seuf.*, 19, 106-1^o (*Hornbostel c. Stelter*), p. 138.
7. O. A. G. Lübeck, 26 février 1861, *Seuf.*, 14, 108 (*Warnecke c. Wille*), p. 139.
8. O. G. Wolfenbüttel, 22 décembre 1862, *Seuf.*, 19, 106-2^o (*Hohohm c. Schaare*), p. 139.
9. O. G. Wolfenbüttel, 16 janvier 1866, *Seuf.*, 19, 106-3^o (*Griesbach c. Achilles*), p. 139.
10. H. A. G. Nuremberg, 22 novembre 1870, *Seuf.*, 28, 186, p. 139.
11. O. A. G. Berlin, 16 décembre 1870, *Seuf.*, 25, n^o 2 (*Rennert c. Hirschfeld*), p. 139.

12. O. T. Stuttgart, 3 janvier 1871, *Seuf.*, 25, 114 (*Mayer Dreyfuss c. Essinger*), p. 139.
13. R. O. H. G., 17 octobre 1874, *Entsch. des R. O. H. G.*, 14, 82 et *Seuf.*, 30, 221, p. 139.
14. R. O. H. G., 15 juin 1875, *Entsch.*, 18, 49 (*Atkins c. Paxton*), p. 139.
15. O. T. Berlin, 24 février 1876, *Seuf.*, 33, 95 (*Nath'scher Vormund c. Schöman*), p. 139.
16. R. O. H. G., 5 mars 1877, *Entsch.*, 22, 31, § 1, et *Clunet*, 1878, 627 (*Harvey c. Engelbert*), p. 139.
17. A. G. Celle, 8 mars 1879, *Seuf.*, 35, 88 (*Société Herne Bochum c. Société Ilsener Hütte*), p. 139.
18. R. G., 10 décembre 1879, *Entsch. des R. G.*, 1, 51 (*Ph. c. Fl.*), p. 139.
19. R. G., 17 janvier 1880, *Seuf.*, 35, 87, p. 139.
20. R. G., 8 mai 1880, *Entsch.*, 2, 6 (*R. c. G.*), p. 139.
21. R. G., 4 janvier 1882 (*I. c. H. Voir Mercier, op. cit.*, p. 92), p. 139.
22. R. G., 8 juillet 1882, *Entsch.*, 9, 60 (*B. c. Mecklèmburg. Hypotheken und Wechselbank*), p. 139.
23. Amtsgericht, Hambourg, 25 mai 1892, *Zeitsch.*, 1893, 67 (*Bauer c. Köpke*), p. 139.
24. O. H. G. Hambourg, 4 janvier 1894, *Zeitsch.*, 1895, 53 ; 25 janvier 1894, Francfort, *Zeitsch.*, 1896, 167 (*R. H. et Co c. X.*), p. 139.
25. Hambourg, 18 janvier 1896, *Hans, O. L. G.*, p. 139.
26. *Hans, O. L. G.*, 21 juin 1901, p. 139.
27. Tribunal de Dordrecht, 15 mars 1907, *Allg. Versicherungs Gesell. Helvetia*, *Clunet*, p. 1910, 685, p. 139.

C. — BELGIQUE.

1. Cour de Bruxelles, 24 février 1849, *Pasicrisie*, 1849, II, 102 (*Vaneeten c. Lawson*), p. 139.
2. Tribunal de commerce de Bruxelles, 31 juillet 1882, *le Droit*, 5 août 1882 (*Buskes et de Bas c. X.*), p. 139.
3. Tribunal d'Anvers, 17 mai 1884, et Cour de Bruxelles, 13 mars 1885, *Rev. int. de dr. marit.*, 1885-1886, pp. 170 et 393 (*Caramano et consorts*), p. 140.
4. Tribunal de commerce d'Anvers, 7 janvier 1903, *Clunet*, 1906, 495 (*Teichmann c. Olsen*), p. 140.
5. Tribunal civil d'Anvers, 12 avril 1907, *Clunet*, 1907, 1148 (*Société John Aspiwal c. Capit. Siculair et the Sailnig Milverton Co*), p. 140.
6. Tribunal civil d'Anvers, 15 décembre 1904, *Darras*, 1907, p. 970 (*Routh Mell c. Bentley Taylor*), p. 140.

D. — FRANCE.

1. Cour de Douai, 16 août 1834, *Gaz. des tribunaux*, 18-19 août 1834 (*Watters c. Trickey*), p. 140.

2. Cour de Paris, 18 janvier 1840, *Gaz. des trib.*, 26 janvier 1840 (*Stevens c. Gosselin*), p. 140.
3. Cour d'Alger, 16 avril 1848, S. 49.2.264, D. 49.2.130 (*Heffner c. Gambini*), p. 140.
4. Cour de Chambéry, 12 février 1869, S. 70.2.9 et D. 71.2.218 (*Lemoine c. Lapenne*), p. 140.
5. Tribunal de commerce de Lyon, 23 mars 1880, D. 82.1.198 et Cour de Lyon, 17 mars 1881, S. 83.2.66 (*Comp. espagnole « le Cabotage » c. Cie lyonnaise d'assurances maritimes*), p. 140.
6. Tribunal civil de la Seine, 2 juin 1881, S. 81.2.218 (*Clement et Guilbert c. de Kaulla*), p. 141.
7. Tribunal de commerce de Marseille, 25 octobre 1880, *Clunet*, 81.259 (*Botricier et Cie c. Boyer*), p. 141.
8. Cour de Bordeaux, 1^{er} mars 1889, D. 90.2.90, S. 92.2.76 (*Simon c. Briet*), p. 141.
9. Tribunal de Tunis, 20 janvier 1890, *Revue pratique de droit international privé*. (Vincent et Penaud, mars-avril 1892, p. 109, et *Zeitschrift*, 2, 616, § 2, *Jean c. Rolland*), p. 141.
10. Tribunal de la Seine, 14 novembre 1890, *Clunet*, 1892, 987 (*José Lupi c. Prince de Bourbon*), p. 141.
11. Tribunal de commerce de Bordeaux, 27 avril 1891, *Clunet*, 1892, 1004. Contrat de transport (*Canaperou c. Cie de Chemins de fer du Midi de la France et du Nord de l'Espagne*), p. 141.
12. Tribunal de Tunis, 15 juin 1891. *Clunet*, 91.1238 (*Attal et Khaat c. Burgel et Nataf*), p. 142.
13. Tribunal de commerce de la Seine, *Zeitschrift*, 1898, p. 345, et *Clunet*, 1897, 1043. Souscription d'actions d'une société étrangère (*Banque européenne et Vandal c. de Saint-Cyr*), p. 142.
14. Tribunal civil de la Seine, 23 mai 1901, P. 1902. 5. 7. Change (*Pritschard c. Spandony*), p. 142.
15. Tribunal de commerce de la Seine, *Zeitschrift*, 1905, 361. Action née d'un contrat de transport (*Hotchkiss c. Marcesson et Schreter*), p. 142.
16. Tribunal civil de Marseille, 31 octobre 1906, *Clunet*, 1907, 416. Prêt (*Guidel c. Forcella*). *Darras*, 1908, 953, p. 142.

III

ARRÊTS AYANT ADMIS L'APPLICATION DE LA « LEX DOMICILII DEBITORIS »

1. Jugement de Tunis, 23 juin 1888, S. 89.2.104, p. 93.
2. Arrêt Bruxelles, 24 sept. 1814 (Pos, 1814, 231) (*Administration des Domaines belge c. Mattart et Michiels*), p. 94.

IV

ARRÊTS AYANT ADMIS L'APPLICATION DE LA
« LEX LOCI SOLUTIONIS »

FRANCE.

1. Cour d'appel de Paris, 29 mars 1836, S. 36.2.457, *Journal du Palais*, 1835-1836, 3^e éd., p. 1208 (*Aubrey c. Debaïse*), p. 85.
2. Jugement du tribunal de commerce de la Seine du 3 août 1838, confirmé par la Cour le 7 février 1839, *Journal du Palais*, 1839, I, 298 (*Béré c. Bertrand*), p. 85.
3. Tribunal de commerce de Marseille, 20 décembre 1865, *Journal de Jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*, 1866, p. 36 ; jugement confirmé par la Cour d'Aix, le 24 juin 1866, *Clunet*, 1867, 116 (*Schæffer c. Albrecht*), p. 85.
4. Cour d'appel de Bordeaux, 26 décembre 1876, S. 77.2.108 (*Bajon de Pino c. Denis*), p. 86.
5. Tribunal civil de la Seine, 19 février 1889, *Clunet*, 89, 621 (*Gillet c. Dumas*), p. 86.
6. Tribunal de Tunis, 2 novembre 1888, *la Loi*, 7 décembre 1888 (*Ritter c. Flukiger*), p. 86.

BELGIQUE.

1. Tribunal de commerce d'Anvers, 30 mai 1862, *Journal de Jurisprudence d'Anvers*, 1862, I, 374 (*Paul van Vlissingen et Dudok van Heel c. Société Bateaux à vapeur*), p. 86.
2. Tribunal de commerce de Bruxelles, 31 juillet 1882, *le Droit*, 5 août 1882 (*Buskes et de Bas c. X.*), p. 86.

DANEMARK.

Tribunal des partages, 6 mars 1889, succession Luxenius, p. 87. *Clunet*, 1890, 961.

N. B. — Pour les décisions anglaises et américaines, voir ci-dessous, *Table des parties*.

TABLE DES NOMS DE PARTIES

Achilles.	139	Burgett.	115
Admin. belge des Domaines. . .	94	Burrows.	115
Albrecht.	85	Buskes.	86
Allen.	128	Cabotage (Cie Esp ^{le} de). . . .	140
Ambler.	115	Cambell.	128
Assurances Maritimes (Cie		Canadian Pacific Ry Co. . . .	127
Lyonnaise).	140	Canapèrou.	141
Atkins.	139	Capit. Sicalair.	140
Atlantic.	115	Caramano.	140
Attal.	142	Carrigan.	115
Attrill.	115	Cegielka.	114
Aubrey.	85	Charlott.	115
Auxentiades.	113	Chevrier.	231
B.	113, 139	Clarke.	231
B... (comtesse).	138	Clement.	113
Bajon de Pino.	86	Clement.	141
Banque commerciale de Paris.	114	Coe.	128
Banque européenne.	142	Cohen.	115
Bas (de).	86	Comtat.	113
Bauer.	139	Cools (de).	112
Baurmeister.	114	Coutant.	231
Bauserman.	115	Crooker.	231
Beer.	115	Crowninshield.	115
Behr Lehembre (de).	113	Davies.	231
Bemis.	231	Debaise.	85
Ben Aiad.	112	De la Vega.	115
Beutley Taylor.	140	Denis.	86
Béré.	85	Doctor.	114
Bersy.	138	Don Alphonso Yannone. . . .	113
Bertrand.	85	Don Juan Macchi.	114
Biss.	231	Donn.	115
Bloumberg.	138	Drummond.	115
Börger.	114	Dudok van Heel.	86
Bourcier et Cie.	141	Dumas.	86
Bourdier.	138	Dumollard.	138
Boursetty.	138	Ehrlich.	138
Boyer.	141	Elias Mussali.	112
Briel.	141	Engel.	113
Briffod.	113	Engelbert.	139
British Linen Co.	115	Essinger.	139
Brunner.	138	Farmers' and Traders' nat.	
Burgel.	142	Bank.	115

Fantou.	125	Lemoine.	140
Finkel	138	Leroy.	115
Fl...	139	Letivirie.	112
Flukiger.	86	Lipmann.	115
Forcella.	142	Loan asso.	128
French.	115	Lovell	115
Frize.	113	Loysel	138
Frye.	231	Luce.	231
G...	139	Luxenius.	87
Gambini.	140	Lyman.	128
Gillel.	86	M... (Baronne).	138
Gispon.	231	Mac Lain.	231
Gosselin.	140	Mac Cann.	231
Graves.	232	Macaulay	115
Griesbach.	139	Mc. Elmoyle.	115
Guidel.	142	Marceson	142
Guilbert.	141	Martens.	114
H...	113	Martin.	138
Hall.	231	Mattart.	94
Hamida.	112	Mayer.	127
Harvey.	139	Mayer Dreyfuss.	139
Heffner.	140	Mecklembürg. Hyp. und Wech-	
Helvetia (société).	139	selbank.	139
Herne Bochum (société).	139	Met Saint-Ry. Co.	115
Herzog.	138	Meyer.	138
Hirschfeld.	139	Michiels.	94
Hohohm.	139	Middelbrook.	115
Hornbostel.	138	Midi (Cie ch. de fer).	141
Hotchkiss.	142	Minnice.	231
Huber.	115	Missouri Pac. Ry. Co.	115
Huntington.	115	Moore.	115
Hurley.	115	Morgan.	115
Ilsener Hütte (société).	139	Morrison.	231
Jean.	141	Natal.	142
Jemison.	115	Nath'scher Vormund.	139
Jeter.	231	Nelson.	113
John Aspiwal (société).	140	Northern Pac. Ry. Co.	127
Johnson.	127	Northwestern Mut. Life.	231
Jose Lupi.	141	Noto.	113
Juan Seguin.	114	Olsen.	140
Kaulla.	141	O'Schields.	115
Kendall.	231	Osgood.	231
Kendrick.	113	Oziembowski.	138
Kern.	114	P. (Succession).	113
Khaat.	142	Pacini.	113
Kopke.	139	Pacon.	113
Krogg.	125	Packer.	115
Labatt.	115	Parker.	231
Labatt.	231	Paul van Ulissingen.	86
Lapenne.	140	Paxton.	139
Lavonchy Clarke.	138	Pearson.	231
Lawson.	139	Ph.	139

TABLE DES NOMS DE PARTIES

257

Prince de Bourbon.	141	Stelter.	138
Pritscharf.	142	Stenier.	115
R.	139	Stevens.	140
Railway Co.	115	Stirling.	115
Railway Co.	128	St. L.	115
Randall.	231	Stokton.	128
Rathbone.	128	Teichman.	140
Reed.	115	Theorux.	127
Rennert.	139	Thompson.	115
R. H. and Co.	139	Townsend.	115
Rice.	115	Trickey.	140
Riottot.	113	Vandal.	142
Ritter.	86	Vaneeten.	139
Robert.	231	Vaugeois.	112
Rochaïd Dadah.	112	Vianna.	115
Rolland.	141	Viernszowski.	114
Routh Mell.	140	Vorbe.	112
Sailnig Milverton.	140	Wahlberg.	138
Saint-Cyr (de).	142	Walsh.	127
Sawyer.	115	Warnecke.	139
Schaare.	139	Waroniecki.	138
Schaeffer.	85	Watters.	140
Schöman.	139	Webster.	231
Schonemark.	113	Wehrle.	112
Schreter.	142	Wernse.	231
Schröder.	138	Wille.	139
Sea Grave.	128	Whipple.	115
Semelet.	138	Willard.	115
Semple.	115	Williams.	115
S. F. Ry. Co.	115	Williams.	128
Simon.	141	Willifort.	115
Simpson.	115	Winter.	115
Sivignon.	138	Witdenbogaardt.	113
Smith.	115	Wood.	115
Smith.	231	W. P. R. R. Co.	115
Société bateaux à vapeur.	86	Wooley.	231
Southern Pac. Co.	115	X.	139
Spandony.	142	X.	86
Stanley.	231	Yarnell.	231

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1

CHAPITRE PREMIER

LA PRESCRIPTION LIBÉRATOIRE EN HISTOIRE DU DROIT ET EN DROIT COMPARÉ.

I. — Droit romain.	9
II. — Ancien droit français.	10
III. — Législations modernes.	12

CHAPITRE II

LE CONFLIT RELATIF A LA PRESCRIPTION LIBÉRATOIRE DANS LA THÉORIE DES STATUTS.

I. — Les précurseurs de Bartole.	15
II. — Bartole	18
III. — Les continuateurs de Bartole.	27
IV. — Dumoulin.	29
V. — La Jurisprudence.	31
VI. — D'Argentré.	32
VII. — Prévôt de la Jannès et Rodenburgh.	37
VIII. — Burgundus.	38
IX. — L'école hollandaise.	40
X. — La théorie des statuts au XVIII ^e siècle. La méthode.	42
XI. — Boullenois.	48
XII. — Bouhier.	58
XIII. — Résumé.	61

CHAPITRE III

LA MÉTHODE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

I. — La méthode nationale.	66
II. — La méthode universelle.	69
III. — L'idée de communauté juridique internationale et le système de la personnalité du droit.	70

CHAPITRE IV

LA LOI ÉCRITE ET LE CONFLIT.	74
--------------------------------------	----

CHAPITRE V

LE SYSTÈME DE LA LEX LOCI SOLUTIONIS.	83
---	----

CHAPITRE VI

LE SYSTÈME DE LA LOI DU DOMICILE DU DÉBITEUR.

I. — Le principe.	91
II. — Les applications.	96
III. — Critique	99

APPENDICE

I. — Le système de M. Merignac	102
II. — Le système de Tittmann.	106

CHAPITRE VII

LE SYSTÈME DE LA LEX FORI.

I. — Principe.	108
II. — Le changement de domicile.	119
III. — Le système de M. Mercier.	121
IV. — Les délais préfix et la prescription.	127

CHAPITRE VIII

LE SYSTÈME DE LA LOI DU CONTRAT.

I. — La doctrine et la jurisprudence.	135
II. — La prescription et le droit matériel.	142
III. — Critique du système de M. Mercier.	145
IV. — Les délais préfix et la prescription.	150
V. — La loi du contrat est compétente, sauf la restriction de l'ordre public.	158

CHAPITRE IX

LA THÉORIE DE L'ORDRE PUBLIC.	167
---------------------------------------	-----

CHAPITRE X

LE CARACTÈRE DE LA PRESCRIPTION.

I. — Le caractère primitif de la prescription.	186
II. — La suspension de la prescription et la jurisprudence.	195
III. — La prescription des délais et la jurisprudence.	199
IV. — Droit allemand.	206
V. — L'abréviation des délais et l'ordre public.	210
VI. — L'article 2223 Code civil.	212
VII. — Conclusion.	217
APPENDICE. — La prescription et le droit de la preuve. Théorie de M. Pillet.	217

CHAPITRE XI

LA PRESCRIPTION ET L'ORDRE PUBLIC.

I. — Hypothèse.	223
II. — La loi du contrat et l'ordre public.	225
III. — La doctrine allemande.	229
IV. — Logique de la solution.	232
V. — CONCLUSION.	237

APPENDICE

A. — Consultations de MM. Hedemann, Neumeyer, Olivi.	242
B. — Le conflit de la prescription et le renvoi.	246
TABLE DES ARRÊTS.	249
TABLE DES NOMS DE PARTIES.	255
TABLE DES MATIÈRES.	258



